PUBLICATION DU QUÉBEC

La filière du contrat international

Québec

La filière du contrat international

92-02513/

BIBLIOTHÈQUE ADMINISTRATIVE
Ministère des Communications
Éléments de catalogage avant publication

Antaki, Nabil N.

La filière du contrat international / Nabil N. Antaki [pour le] Ministère des affaires internationales du Québec. —— [Québec] : Publications du Québec. [1991].

ISBN 2-551-14532-5

1. Contrats (Droit international) I. Québec (Province). Ministère des Affaires internationales. II. Titre.

Les
PUBLICATIONS
DU QUÉBEC

La filière du contrat international

Me Nabil N. Antaki

Québec

Cette publication a été réalisée par
le ministère des Affaires internationales
du Québec.

Cette édition a été produite par
Les Publications du Québec
1279, boul. Charest Ouest
Québec (Québec)
G1N 4K7

Graphisme
Communication Francine Bouchard

Dépôt légal : 3e trimestre 1991
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
ISBN : 2-551-14455-8
© Gouvernement du Québec

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

CHAPITRE 1

Le contrat international 3

La spécificité du contrat international 3
La définition du contrat international 5
Le critère juridique 5
Le critère économique 5
Les difficultés d'application de ces deux critères 5

CHAPITRE 2:

Le droit applicable 7

Les conflits entre les lois et entre les tribunaux 9
Quelle loi nationale ou étrangère régit le contrat? 9
Quel tribunal sera compétent en cas de litige? 10
La courtoisie peut être rentable. 10

Les règles issues du droit international 12
Les conventions internationales 12
Les modèles contractuels 12
La *lex mercatoria* 13

CHAPITRE 3

L'élaboration du contrat international 15

La négociation du contrat 16

La préparation de la négociation 16
La liberté de négocier 16
L'offre de négocier 17
Le contrat de négociation 17

La mise au point du contrat 19

Les conditions de l'offre et de la demande 19
Une offre précise, claire et ferme 19
L'acceptation doit concorder avec l'offre. 20

L'élaboration du contrat par étapes 22

Les caractéristiques communes à tous les contrats par étapes 22
Attention aux clauses ambiguës. 23

CHAPITRE 4

Les groupements pour la réalisation de contrats internationaux 25

La collaboration entre entreprises 25

L'entreprise conjointe au Québec 26
L'entreprise conjointe internationale 27

Exemple du montage juridique d'un accord de collaboration 29

La filiale commune 29
La convention unanime entre les actionnaires 31
Le contrat d'agence-vente 33

CHAPITRE 5

Les principaux contrats d'exportation 35

Le contrat de vente 35

la Convention sur la vente internationale de marchandises 35
Le champ d'application de la CVIM 36
L'originalité de la CVIM 37

Les contrats de distribution 39

La distribution simple 39
Les réseaux de distribution 40

CHAPITRE 6

Les opérations de crédit documentaire 47

La définition du crédit documentaire 47
Les différentes formes de crédits documentaires 49

Le crédit révocable 49
Le crédit irrévocable 49
Le crédit irrévocable confirmé 50
Le crédit transférable 50
Le crédit renouvelable, ou *revolving* 51
Le crédit avancé, ou *red clause* 51
Le crédit adossé, ou *back to back* 52

Les principales étapes d'une opération de crédit documentaire 53
La vérification des documents par la banque 56

CHAPITRE 7

Les opérations de contrepartie 57

Les types de contrat de contrepartie 59

Le contrat de troc simple 59
Le contrat de compensation 60
Le contrat de contre-achats 60
Le contrat de rachat 61
Le contrat triangulaire, ou *switch* 62

Le contrat *swap* 62
Les contrats secondaires avec des institutions spécialisées 63

CHAPITRE 8

Les contrats d'assurance et de garantie 65

La définition du risque 67
Le moment du risque 67
L'origine du risque 67

La nature du contrat 69
La couverture des risques 70
Les principes généraux 70
Les organismes privés 70
Les institutions publiques 71

CHAPITRE 9

Le règlement des litiges 73

Les clauses d'adaptation des contrats aux circonstances nouvelles 74
Les clauses de maintien des prix 74
Les clauses de fixation des prix par expertise 74
Les clauses de force majeure 75
Les clauses de sauvegarde 75

L'arbitrage commercial international 77
La convention d'arbitrage 77
L'arbitrage libre, l'arbitrage assisté et l'arbitrage institutionnel 78
La nomination des arbitres 80
Le droit applicable 80
L'exécution de la sentence 81

INTRODUCTION

Le contrat a une valeur commerciale

Une opération d'exportation réussie se compose d'une idée valable, d'un service ou produit de qualité exportable, d'une bonne équipe de vente et, de plus en plus, d'un plan de financement attrayant. Elle est exécutée par des partenaires qui se font confiance.

Le support indispensable à cette opération est un contrat – ou un groupe de contrats – équilibré, bien négocié et prévoyant un mécanisme de règlement des différends rapide et efficace.

Dans un contexte caractérisé par l'élimination des entraves à la concurrence, il est indispensable pour les parties de contrôler l'ensemble de la démarche d'exportation si celle-ci doit être rentable. Or, le contrat en constitue un des éléments importants. S'il est bien pensé, il diminue les risques d'imprévus et ajoute ainsi à la sécurité de l'opération. De ce fait, le contrat à l'exportation représente une valeur commerciale certaine et doit être traité comme tel.

L'objectif et le contenu de *La filière du contrat international*

Le ministère des Affaires internationales met plusieurs documents à la disposition des gens d'affaires qui désirent étendre leurs activités aux marchés internationaux. Dans la série des *Filières de l'exportation*, la première parution introduit le sujet en général et la deuxième se consacre au transport international. La présente prépare ceux qui décident de franchir le pas à comprendre les mécanismes du contrat international. Elle leur explique les choix importants qu'ils devront faire et les conséquences juridiques qui en découlent.

La filière du contrat international s'adresse à ceux qui se lancent pour la première fois sur les marchés d'exportation. Il s'agit d'un travail de vulgarisation qui aborde des principes fondamentaux et des concepts juridiques compliqués. Elle s'adresse à des non-juristes désireux d'apprendre des notions juridiques de base pour faciliter la discussion avec leurs partenaires ou leurs avocats. Elle ne les dispense d'aucune façon de la nécessité de recourir aux services de conseillers juridiques pour les aider dans la formulation de leurs droits et obligations.

Le plan

1. Le contrat international
2. Le droit applicable
3. L'élaboration du contrat international
4. Les groupements pour la réalisation de contrats internationaux
5. Les principaux contrats à l'exportation
6. Les opérations de crédit documentaire
7. Les opérations de contrepartie
8. Les contrats d'assurance et de garantie
9. Le règlement des litiges

CHAPITRE

1

Le contrat international

La spécificité du contrat international

Tous les contrats, qu'ils soient locaux ou internationaux, doivent respecter des conditions minimales pour être légalement constitués. Il faut entre autres que les parties aient la capacité d'agir et de donner un consentement libre et éclairé, et que le contrat ait un objet licite.

À cause des éléments étrangers qui lui sont propres, le contrat international présente des particularités. Il peut engager des parties de langues et de cultures différentes et, de ce fait, poser des problèmes de communications aux conséquences importantes, le plus souvent sans que les parties n'en soient conscientes. Il évolue dans un espace juridique et géographique qui dépasse les frontières d'un seul État, et crée nécessairement un conflit entre les lois nationales applicables et les juridictions nationales chargées de les appliquer.

Même si les contrats internationaux se distinguent des contrats locaux, il faut retenir que leurs différences sont plus prononcées lorsque l'entente intéresse des systèmes juridiques

d'inspirations différentes et qu'elle engage des pays qui ne sont pas au même stade de développement.

Les États sont encore très attachés à leur souveraineté et entendent imposer leurs lois ou, au moins, la loi ou la juridiction étrangère qu'ils choisissent, pour protéger les personnes qui relèvent d'eux ainsi que les biens et les actes de celles-ci. Il en résulte que le contrat international lequel, par définition, intéresse plusieurs États, baigne dans une insécurité juridique infiniment plus grande que celle qui caractérise les contrats internes.

Malgré une résistance naturelle au changement de mentalités, les impératifs du commerce mondial ont donné naissance à des règles juridiques spécifiques aux contrats, issues de conventions internationales ou nées de la pratique des affaires. Soumis à cette pression, certains pays ont consenti un régime juridique particulier à ces contrats.

Il est donc impératif de savoir identifier le contrat international pour connaître le droit qui lui est applicable.

La définition du contrat international

On peut définir les contrats internationaux selon deux critères principaux, l'un juridique et l'autre économique.

Le critère juridique

Selon ce critère, un contrat est international s'il a des liens avec plus d'un système juridique. C'est la définition qu'emploient le plus souvent les législations internationales et les lois nationales.

Selon cette définition, un contrat international est conclu entre:

- des parties de nationalités différentes;
- des parties domiciliées sur le territoire d'États distincts;
- deux ressortissants d'un même État, s'il doit être exécuté à l'étranger.

Le critère économique

Selon ce critère, l'important n'est plus le lien juridique de l'opération, mais le fait que celle-ci met en jeu les intérêts du commerce international. À titre d'exemple, sera considéré international le contrat qui:

- donne lieu à un mouvement de devises entre deux États;
- prévoit qu'une personne représentera l'autre dans un État étranger;
- prévoit l'importation ou l'exportation d'un bien ou d'un service.

Les difficultés d'application de ces deux critères

Les critères juridiques et économiques se rejoignent souvent, même si leur point de départ diffère. Mais il ne suffit pas de bien qualifier le contrat pour lui assurer un traitement uniforme par toutes les juridictions.

Dans les pays qui exportent depuis peu, on a tendance à appliquer la règle des contrats internes aux ententes internationales lorsque l'on n'est pas guidé par un texte explicite prévoyant des régimes différents.

De plus, même s'ils sont liés par des textes identiques, les tribunaux de différents pays ne sont pas obligés d'interpréter ceux-ci de la même façon, ce qui cause des distorsions souvent regrettables.

Un contrat bien rédigé peut éviter bien des ennuis.

CHAPITRE

2

Le droit applicable

Lors d'une foire commerciale en Belgique, une femme d'affaires de Montréal rencontre le représentant d'un fabricant français d'appareils électriques et lui passe une commande pour un certain nombre de modèles.

La réalisation de cette opération banale nécessite de nombreux engagements contractuels mettant en jeu des banques, des transporteurs, des assureurs, des transitaires et des courtiers en douanes ainsi que bien d'autres professionnels et intermédiaires.

Dans la très grande majorité des cas, la marchandise est reçue à sa destination sans difficulté. Il arrive toutefois qu'un grain de sable se glisse dans l'engrenage et rende les choses plus difficiles. Ainsi le fabricant peut tarder à expédier la marchandise; les employés du transporteur peuvent déclencher une grève et retarder l'envoi; une partie des appareils peut être endommagée à cause d'un emballage inadéquat ou d'un séjour prolongé dans des entrepôts humides; certains appareils peuvent ne pas correspondre aux démonstrateurs essayés à Bruxelles ou aux spécifications de la fiche technique. Il est aussi possible que certains agissements engagent la responsabilité délictuelle ou même pénale de certaines personnes au cours du cheminement.

Des imprévus de ce genre font partie du quotidien des gens d'affaires et se règlent le plus souvent rapidement, après vérification des clauses du contrat ou de la pratique habituelle dans des circonstances semblables.

Il peut aussi arriver que les parties veuillent clarifier des questions qui ne figurent pas comme telles au contrat. Il faut alors déterminer le droit qui régit la situation. C'est là l'aspect le plus complexe de toute la pratique du droit du commerce international.

Les conflits entre les lois et entre les tribunaux

Quelle loi nationale ou étrangère régit le contrat?

Le droit qui s'applique à un contrat international comme celui que l'on vient de décrire pourrait être belge, français ou québécois. Mais ce pourrait être aussi le droit des communautés européennes, ou le droit fédéral canadien. En cas de conflit, il faut trouver le moyen de choisir entre ces différents droits.

Pour qu'une situation particulière soit régie par un droit donné, il est essentiel qu'elle ait un point de rattachement suffisamment significatif avec celui-ci.

De manière générale, chaque législateur indique la méthode à suivre pour rattacher la question au système juridique qui permet d'arriver à la meilleure solution possible. La démarche indique si la juridiction applicable est le droit national ou un autre.

Le lien retenu varie selon les situations. Ainsi, au Québec:

- la loi du domicile du propriétaire s'applique aux biens meubles;
- la loi du lieu où est situé un immeuble régit ce dernier;
- la forme des actes juridiques est soumise au droit du lieu où ils sont passés;
- le fond des actes juridiques dépend de la volonté expresse ou tacite des parties et, en cas de silence, du lieu où ils sont passés;
- la procédure est celle du tribunal saisi;
- les délits sont soumis à la loi du lieu où ils ont été commis, etc.

Comme chaque législateur choisit ses propres règles de rattachement, il arrive souvent qu'on soit confronté à un conflit entre les règles de rattachement de deux et parfois même de plusieurs systèmes juridiques. On doit alors choisir la situation qui permet de respecter les intérêts de la justice.

En adoptant des solutions du droit étranger, un tribunal national peut être influencé par les dispositions d'ordre public du droit national, ou par celles de droits étrangers et du droit international. Or, ce qui est prohibé par un législateur peut être toléré ou clairement accepté par un autre. Une fois de plus, on imagine facilement la difficulté de mettre ces principes en application.

Quel tribunal sera compétent en cas de litige?

On peut supposer que chaque partie a intérêt à confier le litige au tribunal dont elle est le plus proche. La partie en Belgique préférera sans doute les tribunaux de ce pays, tandis que la partie québécoise optera pour un tribunal proche de sa place d'affaires.

La compétence du tribunal dépend de la nature de l'action et de règles de rattachement similaires à celles qui déterminent le droit applicable. Il est donc courant d'être confronté à des conflits de juridictions.

La courtoisie peut être rentable

On constate donc à quel point il est dangereux de ne pas choisir, au moment de la conclusion du contrat, le tribunal compétent et le droit applicable. Toutes les législations permettent de faire ces deux choix, à la seule condition qu'ils soient raisonnables.

En principe, le tribunal et le droit retenus doivent avoir des liens étroits avec la cause. Il serait en effet curieux que les parties choisissent le droit du Mexique pour régir un contrat qui n'intéresse que le Québec et la France!

Il est tout aussi dangereux pour une personne en affaires de tenir à ce que tout litige éventuel soit régi par son propre droit et par ses propres tribunaux. Les règles de rattachement d'un droit national peuvent en effet imposer l'application d'un droit étranger lorsque cela n'est pas souhaitable.

D'autre part, il est parfois dans l'intérêt d'une partie d'être soumise à un droit étranger. Par exemple, il est bien connu que certaines législations sont plus favorables à l'acheteur quand d'autres avantagent plutôt le vendeur. Il serait donc astucieux pour un vendeur de proposer que le droit de l'acheteur s'applique au

contrat de vente s'il avantage les vendeurs. La concession qu'il ferait sur ce point, souvent contre un autre avantage, n'en serait une qu'en apparence!

L'imprévisibilité des règles de rattachement international est telle que les parties ont avantage à bien détailler leur contrat afin d'éviter les mauvaises surprises.

Les règles issues du droit international

Les conventions internationales

Les difficultés survenant dans le règlement conflictuel de lois et de juridictions ont poussé de multiples organismes internationaux à proposer différentes conventions pour unifier les règles de rattachement international et d'autres pour unifier les règles de fond.

Le Canada n'a adhéré qu'à un nombre restreint de ces conventions, mais semble décidé à combler cette lacune dans l'intérêt des gens d'affaires et pour la sécurité des transactions.

Cependant, les dispositions d'une convention internationale peuvent dans certains cas régir les contrats des gens d'affaires d'un pays qui n'y a pas adhéré. Un exemple d'une telle situation sera donné plus loin.

Les modèles contractuels

Les gens d'affaires peuvent s'appuyer sur un grand nombre de contrats types, de guides contractuels et de conditions générales, dans les domaines les plus variés.

Ces documents sont le fruit d'un travail considérable entrepris par des organismes professionnels comme la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), des regroupements indépendants comme la Chambre de commerce internationale (CCI), ou encore des organismes rattachés aux Nations Unies, comme la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) ou la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Il est impossible de donner ici la liste complète de ces organismes et documents. Qu'il suffise de dire que ces modèles constituent une référence dont on peut s'inspirer pour confectionner un contrat sur mesure.

Les développements qui suivent présentent un certain nombre de ces codifications ou modèles. Mais disons d'abord un mot des Incoterms, récemment révisés.

Les Incoterms sont des règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux, généralement connus sous forme de sigles comme FAS, FOB et CIF. Ils ont pour objectif d'expliquer comment les fonctions, les coûts et les risques seront divisés entre les parties pour la livraison des marchandises par le vendeur à l'acheteur. La référence à l'un d'eux dans le contrat incorpore à celui-ci les fonctions équivalentes, telles que détaillées par la Chambre de commerce internationale.

La Filière du transport international présente l'utilité et le sens des Incoterms. Ajoutons simplement qu'ils ont été modifiés de façon importante en 1990.

Cette révision a été entreprise principalement pour adapter les Incoterms aux échanges croissants de données informatiques. On a aussi voulu tenir compte des changements dans les techniques de transport, en particulier l'utilisation des charges dans les conteneurs, le transport multimodal et le transport ro-ro (transroulage). On a également profité de l'occasion pour regrouper les Incoterms de façon à faciliter leur utilisation.

Il est maintenant indispensable de référer dans les contrats aux Incoterms de 1990. On trouvera dans la publication CCI 460 tous les renseignements nécessaires sur la version actuelle de ces termes.

La *lex mercatoria*

Les multiples inconvénients résultant du grand nombre de lois nationales, d'usages locaux et d'une conception parfois discutable de la notion de loyauté dans les engagements internationaux a fait naître le besoin d'identifier les règles fondamentales du commerce international. Il s'agit d'une sorte de loi des marchands, ou *lex mercatoria*, à laquelle souscrivent implicitement tous les signataires de contrats internationaux.

La nature juridique de ces règles est contestée. Leur nombre et leur contenu sont aussi imprécis. Mentionnons seulement celles qui sont généralement admises :

- Les parties doivent respecter leurs engagements.
- Les parties doivent renégocier de bonne foi un contrat déséquilibré par des circonstances imprévisibles.
- Le créancier d'un engagement inexécuté doit minimiser ses pertes.
- Le silence peut valoir l'acceptation dans certains cas.
- Le secret des affaires doit être respecté.

La plupart de ces règles sont connues des législations nationales, mais il est parfois utile de les élever et de les reconnaître comme des règles implicites dans un contrat international.

Par exemple, il arrive souvent qu'un État signe un contrat incluant une clause qui permet le transfert de fonds ou une clause d'arbitrage, mais que, le moment venu, cet État invoque sa souveraineté ou une loi interne d'ordre public, pour se dégager de ses engagements. Le principe selon lequel les parties doivent honorer leur signature sera alors rappelé par les tribunaux et les arbitres internationaux qui en tireront les conséquences.

La fragilité de ces principes internationaux impose la prudence. S'il est courant que les tribunaux et les arbitres internationaux en tiennent compte, il est rare qu'ils se contentent de cet élément pour justifier leur décision. Généralement, ils appuient leur argumentation sur des éléments supplémentaires moins contestés.

CHAPITRE

3

L'élaboration du contrat international

Le déroulement du processus contractuel est bien connu: le contrat est précédé par des pourparlers et des négociations plus ou moins encadrés, et son exécution est le plus souvent suivie par le règlement des différends qui en découlent. Ce chapitre est consacré à l'élaboration du contrat international.

La négociation du contrat

La préparation de la négociation

Une partie intéressée à passer un contrat international doit se préparer sérieusement avant d'engager la négociation. Elle doit notamment bien évaluer son potentiel et fixer ses objectifs. Elle doit aussi désigner ceux de son groupe qui seront chargés de l'opération et repérer les concurrents éventuels ainsi que les partenaires qu'elle pourrait inviter à se joindre à elle pour réaliser le contrat.

Souvent, elle devra aussi évaluer le sérieux et le potentiel de l'autre partie ainsi que l'environnement géographique, économique, social et politique dans lequel se réalisera l'opération. Cette démarche préalable est indispensable, car elle permet d'évaluer les risques et d'arrêter la stratégie de négociation.

La liberté de négocier

Il est impossible de réduire les contrats internationaux à un schéma unique d'application universelle. Le plus souvent, les contrats sont simples et n'engagent que deux parties, tels un producteur désirant assurer la distribution de son produit à l'étranger et un agent disposé à assumer ce rôle. Ces contrats nécessitent peu d'ingénierie juridique et se négocient de gré à gré.

Par contre, les contrats plus complexes, par exemple ceux qui ont comme objet la construction d'un ensemble industriel important, engagent de nombreuses parties – dont certaines sont des entités publiques –, exigent de savants montages juridiques et financiers, sont annoncés par appels d'offres et accordés après de sérieuses et longues négociations.

Il arrive souvent qu'un partenaire à un contrat complexe soit choisi par adjudication au plus bas soumissionnaire. Sa capacité de négocier est alors très réduite.

L'offre de négocier

La négociation est intimement liée au contrat. Elle en est cependant relativement indépendante, et cette indépendance doit être préservée.

La négociation se déroule en dehors de l'espace contractuel principal et à un moment où n'est pas encore acquise la concordance entre les volontés des parties à réaliser ce contrat.

Par nature, la négociation est libre de toute contrainte et permet à chaque partie de rompre les pourparlers si l'une ou l'autre considère que l'entente est impossible, ou si les conditions proposées ne lui conviennent pas. Mais cette démarche n'est pas nécessairement dépourvue d'effets juridiques.

Les parties doivent agir avec sérieux et loyauté. Si l'une d'elles manque à cette obligation, elle pourrait voir sa responsabilité civile engagée. C'est le cas de celle qui utilise la négociation uniquement dans le but d'obtenir de meilleures conditions d'un autre partenaire avec qui elle négocie parallèlement. Toutefois, la mise en œuvre de cette responsabilité exige la preuve de la faute commise et du dommage qui en est résulté.

Le contrat de négociation

Lorsque le contrat est complexe, les parties structurent leurs relations et les encadrent. Souvent appelé protocole, ce cadre comprend habituellement un échéancier et certains engagements permettant l'avance des pourparlers. Il s'agit alors d'un vrai contrat de négociation auquel tout manquement important constitue une faute contractuelle qui peut être sanctionnée par les tribunaux.

Le contrat de négociation est précaire : il peut être résilié en tout temps par l'une ou l'autre des parties. Il impose à celles-ci l'obligation de faire de leur mieux pour que l'entente puisse aboutir, mais il n'a cependant pas pour effet de les obliger à conclure le contrat.

Les éléments importants du contrat de négociation sont l'engagement mutuel de négocier de bonne foi, de communiquer à son partenaire les informations qui facilitent le cheminement vers la mise au point de l'entente, de ne pas communiquer l'information reçue à des tiers et de ne pas l'utiliser à des fins autres que la réalisation de l'objet du contrat, c'est-à-dire l'accord principal souhaité.

La mise au point du contrat

Les conditions de l'offre et de la demande

Une négociation réussie aboutit à une entente qui se caractérise en droit par la concordance d'une offre et d'une acceptation.

Une offre précise, claire et ferme

Juridiquement, l'offre constitue un engagement d'une partie envers une autre. Cet engagement doit donc être sérieux, c'est-à-dire clair, précis et ferme.

L'invitation à négocier

Il est important de ne pas confondre invitation à négocier et offre de passer un contrat. Cette distinction est souvent difficile à faire, mais la confusion entre les deux notions peut être désastreuse.

Une invitation à négocier comprend certains éléments du projet qui pourraient faire l'objet de négociations, mais elle laisse des points essentiels ouverts à la discussion. En acceptant une telle invitation, on s'engage uniquement à négocier.

L'exemple le plus simple d'une invitation à négocier est la publicité envoyée à des personnes choisies ou publiée dans un journal spécialisé, annonçant la disponibilité de franchises dans un pays donné. Dans le meilleur des cas, cette invitation sera traitée comme un appel ouvert d'offre de négocier n'entraînant aucune obligation de négocier avec une partie déterminée.

Pour sa part, une offre de passer un contrat comprend les éléments essentiels de l'entente proposée. Son acceptation par le destinataire complète le contrat et oblige les parties à l'exécuter.

Il existe un risque de confusion entre l'offre de négocier et l'offre de passer un contrat lorsqu'une invitation à négocier, adressée à une personne désignée, comprend les éléments essentiels à la formation du contrat. De ce fait, et malgré son intitulé

ou sa formulation, cette invitation peut parfois être qualifiée d'offre de passer un contrat.

À titre d'exemple, il est possible qu'un tribunal décide qu'une invitation à négocier la vente d'un bien meuble – laquelle précisait seulement la qualité et la quantité du produit ainsi qu'un prix déterminable – constitue bien une offre de passer le contrat. Si cette offre est acceptée, le contrat est conclu. Ce contrat rudimentaire comporte nécessairement des lacunes importantes qui seront sans aucun doute sources de difficultés et devront éventuellement être complétées par les tribunaux, selon les règles du droit que ceux-ci considéreront applicables.

Cette façon de s'engager dans un contrat présente de multiples inconvénients pour les deux parties et doit par conséquent être évitée à tout prix. En cas de doute quant à la nature de l'offre, la partie qui désire y répondre doit être prudente. Sa réponse devra nécessairement comprendre des clauses définissant sa position.

La durée de l'offre

Dans les droits d'inspiration civiliste, comme celui du Québec, l'offre est en principe révocable et peut être retirée tant et aussi longtemps qu'elle n'a pas été acceptée. La révocation abusive peut toutefois entraîner des dommages qui pourraient donner ouverture à une demande en réparation.

Selon d'autres systèmes juridiques, une offre est en principe irrévocable, mais de nombreuses exceptions atténuent la portée de cette affirmation.

Dans les deux cas, le geste doit être fait de façon responsable et raisonnable. Pour éviter les difficultés particulières à cette étape, l'offre doit être précise quant à sa durée et contenir éventuellement les conditions nécessaires à son maintien ou à sa révocation.

L'acceptation doit concorder avec l'offre

Pour qu'un contrat existe, il est indispensable qu'il y ait eu entente, c'est-à-dire que les volontés des parties concordent sur tous les points essentiels. C'est notamment le cas au Québec. Dans d'autres

droits, comme ceux d'inspiration germanique, il suffit que deux engagements unilatéraux identiques existent en même temps, ou même parallèlement.

Le lieu et la date du contrat

Dans tous les cas, il est indispensable, en pratique sinon en théorie, que les parties soient présumées savoir qu'elles sont engagées. Ici encore, les approches diffèrent aussi quant à la date du contrat et à son lieu de passation.

Les uns fixent le début du contrat et le moment de sa réalisation à l'endroit et au moment où l'offre est acceptée. D'autres retiennent le lieu et le moment où l'acceptation est reçue par l'offrant.

De plus, ces éléments importants dépendent souvent – c'est le cas au Québec – du moyen utilisé pour transmettre l'acceptation. La solution n'est pas la même si l'on utilise la poste ou un autre moyen de transmission, le télécopieur par exemple.

Le contenu exact du contrat

Le contrat résulte souvent d'un ensemble d'offres et de contre-offres contenues dans des conditions générales qui diffèrent sur des points importants ou de détails. Il est alors primordial de déterminer avec précision l'objet de l'entente. La solution dépend du droit applicable à la formation du contrat.

Certains droits appliquent la théorie du consensus. Selon celle-ci, la convention est composée des clauses identiques dans l'offre et dans la contre-offre ainsi que des clauses n'ayant pas d'équivalent dans le document de l'autre partie et qui n'ont pas été contredites ou rejetées par elle. Quant aux clauses contradictoires, elles s'annulent mutuellement pour être remplacées par les dispositions supplétives proposées par le droit applicable au contrat.

D'autres droits appliquent la théorie dite du *last shot* selon laquelle le contrat est formé des conditions contenues dans la dernière offre faite et acceptée sans réserve. Cette acceptation annule toutes les conditions avancées préalablement par l'une ou l'autre des parties et qui ne sont pas reprises par celui qui a fait le dernier geste.

L'élaboration du contrat par étapes

Il arrive qu'un contrat soit ratifié en une seule étape. c'est le cas de la plupart des contrats simples engageant deux parties, des contrats d'adhésion où la possibilité de négocier est réduite et des contrats accordés sur appel d'offres et adjudication au plus bas soumissionnaire.

Il est aussi possible qu'on ne puisse ratifier le contrat que par étapes, surtout s'il est complexe ou s'il engage plusieurs parties. Enfin, certains projets d'envergure nécessitent la conclusion de plusieurs contrats partiels interreliés dont l'ensemble est nécessaire pour atteindre le but ultime. Ces contrats méritent une attention particulière.

Les caractéristiques communes à tous les contrats par étapes

Le contrat unique réalisé par étapes et les contrats interreliés constituant un ensemble présentent tous deux certains problèmes juridiques. Cela est attribuable au fait qu'en l'absence de dispositions spécifiques, ils sont complets, entrent en vigueur et peuvent être exécutés à des moments différents et avant qu'on soit certain de la mise au point de l'ensemble du projet. Dans de tels cas, on peut recourir à de nombreuses mesures préventives.

La technique de rédaction contractuelle

La rédaction d'un contrat est un art et il n'existe pas de formule unique et garantie. Toutefois, les parties doivent au moins rédiger un préambule expliquant le caractère étapiste ou interrelié du projet et bien identifier le contrat final. Elles doivent aussi s'assurer de la concordance des différentes dispositions relatives aux projets et, pour ce faire, utiliser une terminologie identique dans les différents contrats. De plus, elles doivent prévoir ce qu'il adviendra des étapes déjà exécutées au cas où le projet final avorterait.

Les clauses d'entrée en vigueur du contrat

Il est toujours recommandé de prévoir une date d'entrée en vigueur du contrat. Elle devrait être choisie de façon à diminuer les risques résultant de l'échec du projet final.

Dans certains cas, on peut faire dépendre le contrat partiel du contrat final, en stipulant une condition suspensive ou une condition résolutoire.

La condition suspensive agit sur la naissance du contrat préalable. Dans ce cas, le contrat préalable est complet, mais son exécution est retardée jusqu'à la réalisation du contrat dont il dépend. Si le contrat principal n'est pas signé tel que prévu, le contrat préalable ne sera pas exécuté.

La condition résolutoire agit par contre sur l'extinction du contrat préalable. Dans ce cas, le contrat préalable est complet et doit être exécuté. Si, toutefois, le contrat principal n'est pas réalisé, le contrat préalable est alors rétroactivement annulé.

Attention aux clauses ambiguës

La rédaction des clauses prévoyant les liens entre les différentes étapes d'un même contrat ou entre des contrats interreliés est difficile, même en droit interne. Cette difficulté est encore plus réelle dans le contexte du droit international. Il suffit de donner un seul exemple.

La clause *subject to contract*, qu'on peut traduire littéralement par «sous réserve de contrat», est courante dans les ententes relevant du droit anglais et est devenue une formule de style dans les contrats internationaux.

Dans les systèmes juridiques inspirés du droit anglais, cette clause a pour résultat de retarder l'effet du contrat jusqu'à la conclusion du contrat principal. Elle n'oblige toutefois pas celui qui l'a prévue à passer un contrat. S'il décide de ne pas le faire, il n'engage pas sa responsabilité.

Par contre, dans les droits de nature civiliste, le document qui contient une telle formule peut avoir des effets juridiques si le juge considère que les parties se sont engagées formellement à rédiger le contrat final. Elle pourrait aussi être traitée comme une condition suspensive ou condition résolutoire.

On constate encore une fois le risque qui existe de voir la même clause interprétée de façon différente selon le droit qui lui est applicable.

La plupart de ces difficultés proviennent d'une origine commune. Car il arrive que le contrat soit négocié par des équipes techniques ou par des services de vente, sans apport juridique suffisant. C'est là une pratique dangereuse.

CHAPITRE

4

Les groupements pour la réalisation de contrats internationaux

La collaboration entre entreprises

Il faut distinguer la concentration d'entreprises de la collaboration entre entreprises. La première formule vise des objectifs à long terme. Elle se réalise par la voie de fusions, de prises de participations ou de ventes d'actifs. Elle entraîne souvent la disparition de personnes morales en faveur de nouvelles entités juridiques.

Les concentrations sont généralement voulues même s'il existe aussi des groupements qui résultent de batailles pour la prise du contrôle des entreprises cibles.

La collaboration entre entreprises, par contre, résulte toujours de négociations ayant comme but l'atteinte d'objectifs communs, sans aucune hostilité, et dans le respect absolu de la structure juridique de chaque partie.

Des entreprises indépendantes peuvent décider de collaborer pour faire des achats collectifs, mettre en commun des services de transport, explorer des marchés extérieurs, réaliser

un projet immobilier ou obtenir un contrat important. Ces entreprises désirent avant tout garder leur entière liberté dans les domaines ne faisant pas partie de l'entente.

Contrairement aux cas de concentrations, la collaboration se fonde sur des principes de gestion égalitaire et sur la confiance entre les partenaires. Ces deux grands principes dictent la plupart des dispositions contractuelles qui régissent les accords de collaboration, indépendamment de la forme juridique choisie pour les mettre en œuvre.

L'entreprise conjointe au Québec

On qualifie souvent les accords de collaboration de *joint venture* ou de consortiums. Il s'agit de contrats voisins, qui peuvent être étudiés ensemble. Les modèles contractuels sont si nombreux qu'il est difficile de s'entendre sur le contenu juridique et sur les effets d'une entente de collaboration, qu'on l'appelle *joint venture*, consortium, protocole d'entente, accord cadre ou accord entre entreprises conjointes. Chaque contrat doit être analysé selon son propre mérite.

Les entreprises du Québec peuvent choisir entre de nombreuses formules juridiques. Elles peuvent constituer une coopérative, incorporer une filiale commune (à but lucratif ou non), former une société, ou tout simplement tailler un contrat sur mesure. Chacune de ces formules comportant un grand nombre de variantes, d'avantages et d'inconvénients, les parties doivent choisir le modèle juridique qui correspond le mieux aux objectifs qu'elles visent.

À titre d'exemple, disons que la forme corporative allie la responsabilité limitée de l'actionnaire à l'indépendance fiscale de la compagnie. La société en nom collectif joint la responsabilité solidaire des membres à la transparence fiscale de l'entreprise, tandis que la commandite offre au commanditaire le statut intermédiaire de la responsabilité limitée et l'avantage de la transparence fiscale de l'entreprise. Le choix du véhicule juridique pour réaliser une collaboration doit se faire en fonction d'une analyse poussée des besoins.

Les entreprises peuvent constituer une filiale commune qui soit une compagnie au sens de la loi provinciale ou fédérale. À cause de la souplesse de son régime et de la protection contre les recours en responsabilité qu'elle offre à ses membres, cette méthode est fréquemment utilisée.

On doit distinguer la filiale commune résultant d'une concentration et celle qui est issue d'un accord de collaboration. Dans ce dernier cas, les statuts sont complétés par un contrat parallèle, ou une convention d'actionnaires, qui marquera la différence entre les deux régimes.

Les entreprises peuvent aussi former une société régie par le Code civil du Québec. Encore une fois, un *joint venture* ou un consortium qui prend la forme d'une société ne bénéficie généralement pas d'un statut particulier au Québec, même si, après analyse de ce contrat, les tribunaux concluent parfois qu'il s'agit d'une société particulière ou en participation.

Les entreprises peuvent encore opter pour un contrat innommé, personnalisé et adapté à leurs besoins, sans recourir à la formule juridique de la compagnie ou de la société. Cette solution s'impose lorsque les parties ne peuvent pas ou ne veulent pas se conformer aux critères de qualification des sociétés ou des compagnies.

La rédaction du contrat de collaboration doit être faite avec prudence, en gardant à l'esprit que les tribunaux risquent de traiter les parties comme des associés s'ils y découvrent les éléments constitutifs d'une société que sont un apport en argent ou en nature et une vocation aux bénéfices.

Pour diminuer ce risque, et bien que cette mesure ne soit pas suffisante en soi, il faut que le contrat nie explicitement l'intention des parties de constituer une société et que celles-ci évitent que leur mise de fonds soit considérée juridiquement comme un apport, ou que les avantages, matériels ou non, qu'elles peuvent retirer soient juridiquement des bénéfices.

L'entreprise conjointe internationale

Un contrat de collaboration pour l'exercice d'une action commerciale, une société ou une compagnie créée pour réaliser un tel contrat sont toujours rattachés et soumis à un droit national.

Il n'existe pas encore de sociétés internationales détachées d'un droit local. Le caractère international d'un accord résulte donc de la nationalité des entreprises constituantes ou de l'objet poursuivi.

Des entreprises du Québec peuvent s'associer à des sociétés américaines, françaises, ou des deux pays, pour la réalisation d'un projet commun. Cette structure sera soumise au droit du Québec, d'un État américain ou au droit français.

Chaque droit possède ses structures propres. À titre d'exemple, la société anonyme française diffère de la société dite anonyme au Québec et ressemble plus à une compagnie. Par ailleurs, les conditions de constitution d'une compagnie sont infiniment plus simples que celles d'une société anonyme soumise à un formalisme poussé, exigeant un grand nombre d'actionnaires de nationalité française et un capital important. Enfin, en France, le président-directeur général est soumis à un régime personnel de responsabilité civile et même pénale beaucoup plus contraignant que celui de son homologue au Québec.

Par ailleurs, les droits étrangers comportent des catégories de groupements parfois différentes de celles que connaît le droit du Québec. Par exemple, en France, on a très souvent recours au groupement d'intérêt économique ou à la société à responsabilité limitée, alors que d'autres pays possèdent une législation spécifique aux groupements momentanés. Ces formules sont inconnues au Québec.

Certains pays interdisent aux entreprises étrangères de s'implanter sur leur territoire si elles ne sont pas associées à des entrepreneurs locaux par des accords de collaboration. On veut ainsi atteindre des objectifs économiques, tels attirer des investissements sélectifs ou un savoir-faire, aider au développement de régions géographiquement éloignées, former des catégories de gestionnaires ou obtenir des devises.

Les législations relatives à ces accords particuliers sont très diversifiées, et chaque situation doit être envisagée en considérant le droit écrit, les politiques administratives et, bien entendu, les usages du pays.

Exemple du montage juridique d'un accord de collaboration

Tout accord de collaboration répond à des besoins spécifiques et son montage juridique dépend d'éléments particuliers. Un exemple pratique permet de comprendre les points communs à un grand nombre d'accords entre petites et moyennes entreprises du Québec.

Imaginons que des commerçants d'un produit naturel, ayant chacun une clientèle américaine bien établie, décident d'unir leurs efforts pour réaliser des ventes en Europe.

Le montage pourrait comprendre la constitution d'une filiale commune, complétée par une convention unanime entre tous les actionnaires, et un contrat de service entre chacun des commerçants et cette filiale.

La filiale commune

Après avoir étudié les différentes formes juridiques possibles, il est probable que les entreprises vraisemblablement la propriété de personnes physiques, de sociétés familiales ou de compagnies privées optent pour la constitution d'une filiale commune à statut provincial ou fédéral. Il serait bon que ses statuts contiennent certains éléments particuliers.

Le nom

On retiendra un nom français, auquel on peut ajouter, pour des raisons commerciales, un sigle et la version anglaise du nom.

Le capital-actions

La corporation a intérêt à s'appuyer sur une structure souple, offrant plusieurs catégories d'actions pour répondre aux différents besoins. Ainsi :

- Les actions de catégories A peuvent être des titres de qualification distribués à égalité entre les exportateurs. Elles garantissent à tous des droits politiques et financiers égaux. Le transfert de ces actions doit être restreint et soumis à une autorisation préalable.

- Des actions de catégorie B peuvent aussi être réservées aux exportateurs. Elles permettent la distribution éventuelle des bénéfices et des surplus en actions, ce qui peut être intéressant sur le plan fiscal, et offrent aux exportateurs qui le désirent la possibilité de participer au capital de risque de l'entreprise. Pour ne pas déséquilibrer le pouvoir égalitaire entre les exportateurs, ces actions doivent être sans droit de vote.

- Des actions de catégorie C, sans droit de vote mais bénéficiant d'une priorité de remboursement du capital, permettent la rémunération de l'investissement externe. Cette catégorie peut être utile pour satisfaire aux exigences de certains organismes acco dant des subventions.

Il est de la nature d'un accord égalitaire d'être réservé à ses bénéficiaires et à leurs partenaires financiers. Pour cette raison, la clause limitant le transfert des actions est nécessaire.

Les limites des pouvoirs du conseil d'administration

Il est bien connu que les dirigeants de petites et moyennes entreprises tiennent à en garder le contrôle. Il est donc normal qu'ils profitent de la souplesse du droit des compagnies pour limiter le pouvoir du conseil d'administration au profit de celui des actionnaires. Comme tous les exportateurs ne seront pas membres de ce conseil, il est bon de prévoir que certaines de ses décisions devront être préalablement autorisées par l'assemblée générale. La majorité requise doit être élevée, mais pour éviter les risques de blocages, l'unanimité ne doit pas être exigée.

Les catégories de décisions pouvant être soustraites à la discrétion du conseil d'administration varient selon les groupes, mais il est recommandé d'y inclure les cas d'émission et de rachat d'actions, les conditions d'engagement du directeur général et celles des politiques de commercialisation, comme celles qui ont trait aux prix. Une convention unanime des actionnaires précise les détails et peut ajouter d'autres conditions.

La convention unanime entre les actionnaires

Cette convention est le document qui donne à l'accord de collaboration sa spécificité. Ainsi tout exportateur doit être un actionnaire, mais tous les actionnaires ne sont pas nécessairement des exportateurs. Il est donc indispensable de prévoir une convention unanime qui détermine les droits des exportateurs et oblige les autres catégories à les respecter.

Le préambule et les définitions

Un accord de ce genre doit contenir un préambule qui permettra, en cas de difficulté, de rappeler l'intention des parties d'être unanimement liées par un accord égalitaire.

Un soin particulier doit aussi être accordé à la définition des termes clés, notamment à celui d'actionnaire-exportateur.

Objet de l'accord égalitaire

L'accord égalitaire a pour objet général de favoriser le développement des exportations des actionnaires-exportateurs. Il faut définir ici les moyens que le groupement utilisera pour y arriver et les services qu'il offrira.

Le statut de l'actionnaire-exportateur

La convention doit définir les procédures d'agrément des actionnaires-exportateurs et les mesures qui feront en sorte que seront respectés leur pouvoir égalitaire ainsi que leurs droits et obligations. Elle précisera notamment à quelles conditions on devient actionnaire-exportateur et comment on cesse de l'être.

La clause d'exclusivité

Cette clause prévoit la fidélité réciproque de l'actionnaire-exportateur et du groupement en explicitant l'engagement d'exclusivité de l'exportateur, qui doit traiter uniquement avec le groupement pour l'exportation, et son engagement à ne pas solliciter de commandes à l'extérieur du groupe.

Pour être efficace, la clause doit définir le territoire qui fait l'objet de la convention et, le cas échéant, la liste des clients exclus de sa portée.

La clause de non-concurrence

Cette clause interdit à l'actionnaire-exportateur de faire concurrence au groupement après la fin de leur relation, dans les conditions explicitées et pour un temps limité.

La politique des prix

L'actionnaire-exportateur s'engage par cette clause à respecter la politique des prix établie par le groupement.

L'engagement de destiner une partie de la production à l'exportation

Pour que le groupement soit efficace, il doit s'assurer d'un approvisionnement stable en fonction de ses prévisions, sans toutefois s'engager à réaliser celles-ci. Cette clause est utile lorsque l'exportateur se réserve le droit à une clientèle propre.

La politique de répartition des commandes

Ce point est particulièrement délicat. Il faut en effet respecter un partage équitable des commandes entre les différents exportateurs. Pour cela, il est nécessaire d'établir comment le groupement procédera, surtout lorsqu'un membre doit décliner une offre parce que la commande est trop petite ou trop grande.

L'utilisation d'une marque de commerce

Le groupement doit présenter une image indépendante de celle de ses fournisseurs et s'assurer de la qualité de cette image. C'est pourquoi il utilisera une marque de commerce et s'assurera de la qualité des produits expédiés.

La politique de dividendes

L'accord doit préciser si le groupement entend suivre une politique de capitalisation des bénéfices, ou s'il entend plutôt distribuer la totalité des surplus après avoir prévu des réserves.

La clause de secret

Le groupement et les actionnaires ont accès à des informations confidentielles relatives à leurs activités mutuelles. Il est donc nécessaire de prévoir une clause limitant l'usage de ces informations.

La clause de règlement des différends

Il est de l'essence même de toute convention complexe de prévoir un mode de règlement à l'amiable des différends par un système de négociation interne et, en cas d'échec de celle-ci, par une clause d'arbitrage.

La priorité des conventions

Le groupement étant régi par un ensemble de documents, l'usage peut faire ressortir certaines contradictions. Il est donc nécessaire de prévoir que les dispositions d'un de ces documents primeront. Il est recommandé que ce soit la convention entre actionnaires, puisqu'elle touche tous les intéressés, y compris les actionnaires non exportateurs.

Le contrat d'agence-vente

Chacun des actionnaires-exportateurs doit signer un contrat avec le groupement pour établir ses droits et obligations.

On doit procéder ici à un choix fondamental concernant le rôle et la vocation du groupement. En effet, celui-ci peut agir pour son propre compte. Il sera alors lié à chaque exportateur par un contrat de fourniture exclusive. Il peut aussi agir à titre d'agent exclusif de l'exportateur. Dans ce cas, il ne sera que mandataire, et les risques de l'entreprise seront assumés par l'exportateur. L'exemple suivant retient cette dernière solution et propose la signature d'un contrat d'agence.

Il s'agit d'un contrat type, qui doit être signé par chaque exportateur. Il contient de nombreuses dispositions, dont les principales pourraient être:

- une clause de durée de la convention, prévoyant la fin de la relation si l'exportateur perd cette qualité;
- une clause niant l'intention des parties d'être réunies en société. Elle est indispensable pour qu'aucune des parties ne soit responsable des dettes de l'autre;
- un rappel des clauses d'exclusivité, de non-concurrence et de confidentialité;
- une clause relative aux modalités de livraison des commandes;
- un engagement relatif à la qualité des produits;
- les obligations de l'agent quant à la perception des prix et à la périodicité des paiements à l'exportateur;
- la commission;
- les frais remboursables à l'agent;
- le partage des responsabilités en cas de réclamation;
- les conséquences de l'annulation d'une commande par un client;
- les responsabilités face aux assurances, au transport et à la livraison de la marchandise;
- une clause de force majeure;
- une clause d'incessibilité du contrat;
- une clause de règlement des différends par négociation et, en cas d'échec, par arbitrage;
- une clause donnant la priorité en cas de dispositions contradictoires à la convention unanime des actionnaires.

CHAPITRE

5

Les principaux contrats d'exportation

Le contrat de vente

La Convention sur la vente internationale de marchandises

Le contrat de vente est le plus banal et le plus important des contrats. C'est aussi celui qui permet au génie juridique de chaque système, qu'il soit libéral ou interventionniste, de mettre en valeur ses options fondamentales. Ainsi les contrats de vente des droits français et québécois baignent dans le même contexte et contiennent des dispositions semblables. Il en est de même des droits anglais et américain.

Les préoccupations éminemment pragmatiques des gens d'affaires développent des usages locaux et régionaux qui particularisent le contrat de vente au sein de la même famille de droit. L'interventionnisme législatif alimente encore plus les différences.

Par conséquent, malgré de grands principes rassembleurs, le contrat de vente demeure encore très souvent un contrat local. Dans un monde qui s'internationalise, il fait figure de droit municipal.

Cette situation a poussé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à préparer la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM), adoptée à Vienne le 10 avril 1980 et entrée en vigueur le 1er janvier 1988.

La Convention est donc aujourd'hui le droit interne applicable aux contrats internationaux de pays tels les États-Unis, la France et la Chine. Il ne fait plus de doute que son application se généralisera à moyen terme. Toute personne engagée dans des contrats internationaux de vente de marchandises doit en connaître les dispositions.

Même si le Canada n'a pas encore adhéré à la Convention, celle-ci peut s'appliquer, et l'est sans aucun doute à des contrats engageant une partie du Québec et une partie d'un pays signataire.

Par ailleurs, les arbitres internationaux trouvent dans la Convention l'expression d'usages internationaux applicables, même dans des situations où aucune des parties n'appartient à un des pays signataires.

Le champ d'application de la CVIM

La Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises. Sont assimilés à ces ventes les contrats de fournitures à fabriquer ou à produire. Dans ce cas, la fourniture d'éléments essentiels à la fabrication par celui qui passe la commande et la fourniture en services ou en main-d'œuvre par celui qui l'exécute demeurent accessoires aux éléments de vente de marchandises proprement dite.

Sont exclues de la Convention les ventes:

- de marchandises achetées pour des fins non commerciales, à moins que le vendeur ait des raisons de ne pas savoir que tel est le cas;
- aux enchères;
- sur saisies ou de quelque autre manière par autorité de justice;
- de valeurs mobilières, d'effets de commerce et de monnaies;
- de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs;
- d'électricité.

La Convention régit exclusivement le contrat de vente ainsi que les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur.

Sont exclus de la Convention:

- la validité du contrat et celle de toutes ses clauses ainsi que les usages;
- les effets que le contrat peut avoir sur la propriété de la marchandise;
- la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises.

Imaginons qu'un commerçant de Saint-Georges-de-Beauce et un fabricant de Portland aient signé au Québec un contrat de vente de marchandises et qu'ils aient convenu que ce contrat sera soumis au droit américain. Il est possible qu'en cas de difficulté, le tribunal américain applique le droit du Québec pour savoir si le contrat est valable, et la CVIM pour déterminer qui du vendeur ou de l'acheteur doit supporter les dommages qui résultent d'un défaut de fabrication.

L'originalité de la CVIM

La Convention constitue un exemple réussi d'un nouveau droit mixte provenant d'origines diverses, mais fondé essentiellement sur des principes empruntés aux traditions civilistes et anglo-saxonnes. Ce mélange semble si équilibré que certains s'opposaient à la Convention parce qu'elle leur paraissait trop inspirée du droit civil alors que d'autres le faisaient par ce qu'elle leur paraissait trop imbibée du droit commun *(common law)*!

Il est inutile ici de passer la Convention en revue. Il suffit de dire que la plupart de ses dispositions sont supplétives. Les parties qui veulent limiter son application peuvent l'écarter en entier ou en partie, ou en modifier certaines dispositions. Elles devraient alors choisir le droit applicable, en s'assurant qu'elles ne se retrouveront pas ainsi indirectement soumises à la convention qu'elles veulent éviter.

Quelques exemples tirés de la Convention illustrent l'emprunt fait au droit d'inspiration anglo-saxonne et au *Uniform Commercial Code* américain:

- L'offre de contracter est révocable, sauf s'il était raisonnable pour le destinataire de la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence.
- Un contrat écrit, contenant une disposition stipulant que toute modification ou résiliation à l'amiable doit être faite par écrit, ne peut être modifié ou résilié à l'amiable sous une autre forme, mais le comportement de l'une des parties peut l'empêcher d'invoquer une telle disposition si l'autre partie s'est fondée sur ce comportement.
- L'acheteur peut déclarer le contrat résolu, unilatéralement et sans l'intervention de la justice, si le vendeur ne respecte pas ses engagements, même mineurs. Il lui suffit pour cela de notifier son intention au vendeur et de lui accorder un délai raisonnable pour corriger la situation.
- En cas de livraison anticipée et même après la livraison, le vendeur a le droit de rendre cette livraison conforme au contrat, à condition qu'il le fasse dans des délais raisonnables et sans causer d'inconvénients sérieux à l'acheteur.
- La partie qui invoque une contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention.

Les contrats de distribution

La distribution simple

La personne en affaires qui décide de distribuer ses produits à l'étranger peut choisir parmi de très nombreux moyens, chacun comportant sa part d'avantages et d'inconvénients. Son choix sera déterminé par ses objectifs commerciaux, ses possibilités financières et, beaucoup plus souvent qu'on ne le pense, par le droit des pays ciblés.

La façon la plus facile de procéder est bien évidemment de vendre à un exportateur local et de livrer la marchandise sur les lieux de production. Dans ce cas, la vente est directe, le producteur ne supporte aucun risque et ne bénéficie d'aucun des avantages de l'exportation, à part l'augmentation de son chiffre d'affaires. Le contrat est d'ordre local et il serait donc abusif de parler de distribution internationale.

On peut assimiler à ce procédé la vente à un importateur dans le pays étranger. Il s'agit alors d'une vente internationale de marchandises, soumise aux aléas normaux de l'exportation et aux dispositions légales qui la régissent. Comme dans le cas précédent, l'exportateur n'a aucun contact avec la clientèle locale et sa capacité de pénétrer le marché demeure largement dépendante.

L'exportateur peut préférer distribuer ses produits à l'étranger par l'entremise de succursales, mais il trouvera probablement plus pratique de procéder par la voie de filiales bénéficiant des avantages de la personne morale indépendante. Dans les deux cas, il devra se soumettre entièrement au droit local, notamment à la législation fiscale, au droit social et au droit réglementant la distribution par les étrangers. Il assumera toutes les dépenses, les risques commerciaux et politiques de son entreprise, mais il aura le contrôle direct et exclusif de la clientèle et de ses secrets d'affaires.

Les réseaux de distribution

L'AGENCE COMMERCIALE

Cette technique permet à l'exportateur de contrôler de façon raisonnable le marché, la clientèle, les marques et les prix à des coûts généralement acceptables.

L'agent commercial est un mandataire indépendant qui:

- organise ses activités comme il l'entend et supporte l'essentiel de son organisation;
- représente l'exportateur à titre exclusif ou non;
- agit au nom de l'exportateur dans les limites de sa politique de distribution;
- développe le marché, trouve la clientèle, négocie et parfois conclut des ventes, des locations ou des prestations de services, au nom et pour le compte de l'exportateur;
- est rémunéré selon des formules plus ou moins complexes, mais dont la commission constitue toujours l'élément principal.

La réglementation du contrat

Tous les systèmes juridiques connaissent des techniques de distribution couvrant l'ensemble des possibilités, mais certains pays distinguent à l'infini les catégories de professionnels en cause alors que d'autres se contentent de deux ou trois catégories de base.

Un grand nombre de pays possèdent des lois particulières pour protéger les intermédiaires les plus vulnérables des abus possibles. Certaines législations assimilent de ce fait l'agent commercial, mandataire indépendant, à un salarié et le font bénéficier d'avantages sociaux habituellement réservés à cette catégorie de travailleurs.

D'autres pays réglementent le contrat lui-même, notamment les clauses de résiliation du contrat d'agence et de refus de renouvellement. Ces législations insistent surtout sur les indemnités de départ et sur la propriété de la clientèle, mais là non plus les solutions ne sont pas partout identiques.

Un très grand nombre de législations imposent l'enregistrement de l'agent commercial, parfois à des fins de publicité légale mais le plus souvent à titre d'autorisation administrative.

Le contenu du contrat

Les contrats d'agences commerciales sont connus et certains de leurs éléments importants, comme l'exclusivité et la non-concurrence, ont été exposés dans le chapitre précédent. À titre d'aide-mémoire, rappelons quelques-uns de ceux qu'il faut garder à l'esprit lorsqu'on évalue un tel contrat :

- la qualification juridique du contrat dans le pays étranger;
- la qualité de l'agent et la possibilité qu'il agisse à ce titre;
- la langue officielle du contrat;
- les autorisations administratives nécessaires pour introduire la marchandise dans le pays;
- le territoire contractuel pour des raisons de concurrence, mais aussi pour la protection des marques de commerce;
- la propriété intellectuelle de l'exportateur et la concurrence déloyale;
- le pouvoir d'engager l'exportateur;
- la consignation des marchandises;
- le service après-vente;
- les renseignements pertinents au développement du marché;
- le recrutement de sous-agents;
- les conditions générales de vente;
- les recours contre l'agent;
- la terminaison du contrat;
- le choix du droit applicable;
- le règlement à l'amiable et l'arbitrage.

LA CONCESSION COMMERCIALE

Le contrat de concession exclusive est une convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire :

- met son entreprise de distribution au service d'un exportateur;
- assure exclusivement la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé sur un territoire déterminé;
- agit sous la surveillance de l'exportateur.

Le concessionnaire est un commerçant indépendant qui, contrairement à l'agent, agit pour son propre compte. Il achète la marchandise et la revend au prix qu'il choisit, en son nom et à ses risques et périls.

Le contenu du contrat

Très peu de pays réglementent le contrat de concession en tant que tel. C'est pourquoi celui-ci doit être le plus complet possible.

Le contrat de concession fixe le cadre général de la relation et doit notamment contenir :

- la qualification juridique du contrat dans le pays concédé;
- la description de la qualité du concessionnaire;
- les parties au contrat et la possibilité de cession;
- l'exclusivité des produits, du territoire et de la clientèle;
- la confidentialité, la concurrence déloyale et la non-concurrence;
- les conditions d'achat et de vente des produits et la responsabilité de ce fait;
- les clauses de paiements;
- l'interdiction d'exporter;
- l'obligation de suivre des directives;
- les sous-concessionnaires;
- la collaboration pour le développement des marchés;
- la clause niant l'intention d'être en société;
- la propriété industrielle et l'utilisation des marques et des signes distinctifs;
- la gestion des stocks;
- les recours contre les parties;
- la fin du contrat et son renouvellement;
- la propriété de la clientèle;
- la législation sur la concurrence;
- le droit applicable;
- la clause de règlement à l'amiable et l'arbitrage.

Même si l'exclusivité réciproque est une condition naturelle du contrat de concession, on peut prévoir des contrats proches qui contiennent des atténuations à ces clauses.

LA FRANCHISE

Le contrat de franchisage établit une méthode de collaboration entre deux entreprises juridiquement indépendantes mais économiquement intégrées.

Pour l'entreprise franchisante, il comporte:

- la propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de sigles et de symboles, d'une marque de fabrique, de commerce ou de service ainsi que d'un savoir-faire mis à la disposition des entreprises franchisées;
- une collection de produits et ou de services:
  - offerts d'une manière originale et spécifique,
  - exploités obligatoirement et totalement, selon des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées, constamment mises au point et contrôlées.

Cette collaboration a pour but le développement rapide des entreprises contractantes par l'action commune résultant de l'union des personnes et des capitaux, tout en maintenant leur indépendance respective dans les limites d'accords d'exclusivité réciproque.

Elle comporte une rémunération ou un avantage économique acquis au franchiseur propriétaire de la marque et du savoir-faire.

La franchise peut comprendre une licence de fabrication du produit par le franchisé. Il s'agit alors d'une franchise industrielle.

Les contrats de concession et de franchise ont en commun les clauses d'exclusivité réciproque. Cela suffit parfois à les confondre.

D'autres clauses se retrouvent à divers degrés dans les deux contrats, mais avec une importance différente. Ainsi la clause de fourniture, essentielle au contrat de concession, n'est qu'accessoire au contrat de franchise. La clause de conseil et d'assistance, fondamentale dans ce dernier cas, est très secondaire dans celui de la concession.

À la différence du contrat de concession, la relation entre le franchiseur et le franchisé n'en est pas une de vendeur à acheteur.

Le contenu du contrat

Le contrat de franchise est long et complexe. On se contentera de présenter ici des clauses qui lui sont spécifiques et qui n'ont pas été vues antérieurement.

Un procédé expérimenté

Le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un procédé qui permette à ce dernier de développer rapidement une entreprise rentable. Pour cela, il est indispensable qu'il ait au préalable expérimenté la formule pendant un certain nombre d'années.

Les franchises offertes après quelques mois d'expérimentation sont de fausses franchises, le plus souvent réduites à une simple autorisation d'utiliser un nom ou une marque. Elles pourraient, dans certains cas limites, être annulées pour cause d'erreur sur la nature du contrat et même pour cause de fraude.

Le savoir-faire

Le contrat de franchise se fonde sur un transfert permanent du savoir-faire du franchisé.

Le savoir-faire est une connaissance, c'est-à-dire un produit purement intellectuel. Il comprend les connaissances techniques, les procédés de gestion et les méthodes de commercialisation.

Le savoir-faire doit être transmissible. Il est communiqué dans un manuel très détaillé, assorti de séances de formation. Cette obligation de communiquer le savoir-faire et de le préserver oblige le franchiseur à ne retenir comme franchisé que des personnes capables de l'utiliser.

Le savoir-faire doit être secret. Ce secret peut être partagé par d'autres entreprises, mais il est indispensable que sa mise en valeur soit originale et qu'elle présente des caractéristiques mises au point et tenues secrètes par le franchisé.

Le savoir-faire n'est jamais breveté, même si dans certains cas il pourrait l'être.

Le savoir-faire doit être régulièrement actualisé. En effet, le franchisé consent à payer un droit d'accès et une redevance, entre autres pour acquérir une entreprise qui ne se démode pas.

L'assistance technique et commerciale

Le franchisé dépend entièrement du franchiseur pour le développement de son entreprise. C'est pourquoi il revient à ce dernier de l'assister dans le choix de l'emplacement, de l'équipement et de la mise en place des procédés. Pendant la durée de la relation, le franchiseur doit continuellement fournir au franchisé les données nécessaires à l'exploitation de son entreprise.

Un procédé exploité de façon uniforme

L'uniformité dans l'exploitation représente une condition fondamentale de toute franchise. Elle se traduit par un contrôle continu de tous les aspects du commerce du franchisé. Le contrôle de la comptabilité, des achats, du recrutement, de la propreté, de l'apparence des lieux et de tous les autres aspects est indispensable pour préserver la qualité et l'uniformité de la franchise.

Tout laxisme dans ce contrôle de la part du franchiseur peut exposer ce dernier à des recours de la part des autres franchisés qui voient la valeur de leur investissement diminuer.

CHAPITRE

6

Les opérations de crédit documentaire

La définition du crédit documentaire

Les parties à un contrat international de vente de marchandises sont rapidement confrontées à un problème majeur : le vendeur veut être payé le plus tôt possible, de préférence avant de perdre le contrôle légal sur la marchandise. Par contre, l'acheteur préfère payer le plus tard possible et après avoir eu la preuve que le vendeur respecte ses engagements. Le crédit documentaire permet de résoudre ce dilemme à la satisfaction des deux parties.

Le crédit documentaire garantit au vendeur qui remet les documents requis le paiement de la marchandise vendue par une banque proche plutôt que par un acheteur lointain. Il lui permet parfois d'obtenir des avances et de payer ses fournisseurs à même l'argent à percevoir.

Le crédit documentaire garantit à l'acheteur que le vendeur ne sera payé que s'il remet les documents attestant la conformité de la marchandise aux exigences du crédit. Il lui permet de plus d'obtenir une marge de crédit en attendant l'arrivée de cette marchandise.

Réduit à sa plus simple expression, le crédit documentaire est une promesse de payer contre la remise de documents spécifiés. Il est accordé par une banque, la banque émettrice, à la demande d'un client, le donneur d'ordre, en faveur d'un tiers désigné, le bénéficiaire.

La Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale (CCI) a codifié en 1933 les normes applicables à ces transactions sous le nom de « Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires » (RUU). Les RUU ont été modifiées en 1951, 1962, 1974, puis en 1983.

Les RUU sont utilisées par toutes les banques, partout dans le monde, et reflètent les pratiques universellement admises par les praticiens du commerce international. Malgré cette reconnaissance, il est encore nécessaire de se référer explicitement aux RUU de 1983 (publication CCI, 400) dans les contrats pour éviter les malentendus.

La Commission bancaire de la CCI publie des avis sur les demandes d'interprétation des RUU. La dernière publication couvre la période 1987-1988 (publication CCI, 469). Ces avis particulièrement utiles doivent être consultés.

Les différentes formes de crédits documentaires

Le crédit révocable

Les crédits peuvent être révocables ou irrévocables. Tout document de crédit doit par conséquent indiquer à quelle catégorie il appartient, à défaut de quoi il sera considéré révocable.

Le crédit révocable peut être amendé ou révoqué par la banque émettrice, à la demande de l'acheteur et, dans certains cas, de son propre chef, à tout moment avant le paiement et sans que le bénéficiaire en soit préalablement averti. Le vendeur doit alors obtenir le règlement directement de l'acheteur.

Étant donné l'importance du risque qu'il comporte, il faut éviter le crédit révocable.

Le crédit irrévocable

Si les documents stipulés sont remis à temps et les conditions du crédit respectées, le crédit irrévocable constitue un engagement ferme de la part de la banque émettrice à honorer le crédit selon les clauses du contrat.

Le crédit irrévocable ne peut être amendé ni révoqué que si toutes les parties, y compris le vendeur, y consentent. Cette forme de crédit offre plus de sécurité à ce dernier et constitue une quasi-certitude qu'il sera payé s'il respecte les conditions stipulées.

La très grande majorité des crédits documentaires consentis sont irrévocables.

Il peut cependant arriver qu'un tel crédit ne soit pas honoré. Dans un cas d'achats massifs de ciment par un État, les contrats étaient financés par des crédits documentaires irrévocables, émis par la banque officielle. Un embouteillage au port de déchargement a rendu impossible la livraison dans les délais

prévus. Le pays acheteur ordonna alors l'échelonnement des arrivages et interdit à la banque émettrice d'honorer les demandes de paiements qui ne seraient pas accompagnées d'un document émis par les autorités portuaires, ce qui n'était pas prévu. Le respect de cette mesure s'imposait à toutes les parties sur le territoire de l'acheteur. La banque n'était donc plus en mesure de respecter ses engagements irrévocables.

Le crédit irrévocable confirmé

Il arrive qu'une banque émettrice invite une autre banque à confirmer son crédit irrévocable. Si cette institution consent à le faire, elle ajoute son propre engagement irrévocable à celui de la banque émettrice, en autant que les documents soient remis et les conditions du crédit respectées.

Le crédit irrévocable confirmé offre au vendeur une double sécurité, puisque deux banques différentes s'engagent à le payer s'il respecte ses propres engagements.

Le crédit confirmé est nécessairement plus onéreux que le crédit simplement irrévocable. Il est cependant fortement conseillé dans le cas où l'acheteur appartient à un pays qui risque d'intervenir dans les paiements internationaux. Il est alors avantageux d'exiger la confirmation d'une banque du pays du vendeur pour garantir le paiement. Dans l'exemple cité plus haut, certains vendeurs avaient fait confirmer le crédit par une banque londonienne et, de ce fait, ont été payés sur simple présentation des documents requis.

Le crédit transférable

Un crédit transférable donne au bénéficiaire le droit de demander à la banque chargée d'honorer le crédit la permission d'utiliser ce crédit, en totalité ou en partie, par un ou plusieurs tiers. Un crédit ne peut être transféré que s'il est expressément qualifié comme tel par la banque émettrice et il ne peut être transféré qu'une seule fois.

Qu'elle ait ou non confirmé le crédit, la banque n'aura aucune obligation d'effectuer un tel transfert, si ce n'est dans les limites et les formes auxquelles elle aura expressément consenti.

Le transfert a pour effet de substituer un second bénéficiaire au premier. Il peut s'avérer utile pour payer les fournisseurs du vendeur à même le prix de la vente. Ses modalités permettent de retrancher les bénéfices du vendeur et de ne pas divulguer le montant de la vente initiale.

Seul un crédit irrévocable peut être transféré.

Le crédit renouvelable, ou *revolving*

Il s'agit d'un crédit dont le montant est renouvelé ou rétabli sans qu'il soit nécessaire de l'amender expressément. Il peut être révocable, irrévocable, ou irrévocable et confirmé.

Un crédit peut être renouvelable quant à sa durée. C'est le cas d'un crédit de 50 000 $ par mois, durant six mois. Ceci veut dire que le montant initial est renouvelable cinq fois. La banque émettrice est donc engagée envers le bénéficiaire pour un montant total de 300 000 $.

Si le crédit renouvelable est cumulatif, toute somme inutilisée durant le mois s'ajoute au crédit disponible, jusqu'à concurrence du montant global. S'il est non cumulatif, cette somme ne peut être reportée.

Un crédit peut être renouvelable quant à sa valeur. Le montant du crédit est alors rétabli après chaque utilisation pour son montant d'origine, jusqu'à sa date limite de validité. Par mesure de sécurité, un tel crédit doit être plafonné.

Le crédit avancé, ou *red clause*

Ce crédit autorise la banque confirmatrice à effectuer des avances au bénéficiaire avant la présentation des documents requis.

Cette clause est insérée à la demande du donneur d'ordre et aux conditions de la banque émettrice. Elle permet au vendeur de financer la production de la marchandise ou de payer les sous-traitants.

Cette forme de crédit est dangereuse pour l'acheteur, puisque celui-ci demeure responsable du remboursement des avances si le vendeur ne respecte pas ses engagements et notamment, s'il ne remet pas les documents au moment requis.

Le crédit adossé, ou *back to back*

Il s'agit d'un crédit documentaire ouvert à la demande de l'exportateur, bénéficiaire d'un premier crédit au bénéfice de son propre fournisseur. En fait, le premier crédit documentaire sert alors de garantie au deuxième. Le premier bénéficiaire devient donneur d'ordre du deuxième crédit documentaire et, face à la banque, devient responsable du remboursement des paiements effectués, indépendamment du sort du premier crédit.

On a recours à cette modalité surtout lorsque le premier crédit n'est pas transférable ou ne peut l'être.

Les principales étapes d'une opération de crédit documentaire

1. L'acheteur et le vendeur concluent un contrat commercial prévoyant le paiement au moyen d'un crédit documentaire.

2. L'acheteur demande à sa banque, la banque émettrice, d'émettre un crédit en faveur du vendeur.

Par leur nature, les crédits sont des transactions distinctes du contrat de vente qui peut en former la base, mais qui ne concerne aucunement la banque et ne saurait l'engager, même si le crédit inclut une référence à ce contrat.

Dans une opération de crédit, toutes les parties doivent considérer les documents indépendamment des marchandises, services ou autres prestations auxquelles ils peuvent se rapporter. Le but du crédit étant toutefois de permettre le paiement de l'achat, ses modalités et conditions ainsi que les documents requis doivent par conséquent être conformes au contrat qui le justifie.

Les instructions du donneur d'ordre doivent être claires et précises, mais sans excès de détails. Ce dernier ne peut pas s'attendre à ce que la banque interprète ses silences, ni qu'elle vérifie des spécifications compliquées ou trop techniques.

Les instructions doivent notamment contenir:

- la désignation exacte du bénéficiaire;
- la durée de validité du crédit et les délais de présentation des documents;
- le montant du crédit documentaire;
- la nature, la quantité et l'état des marchandises;
- les modalités de livraison, de transport et d'assurances;
- les documents exigés.

3. La banque émettrice demande à une autre banque, habituellement située dans le pays du vendeur, de notifier ou de confirmer le crédit. Celle-ci informe le vendeur de l'émission du crédit.

   Le contrat bancaire qui lie la banque notificatrice au bénéficiaire est juridiquement indépendant du contrat d'ouverture de crédit. La banque émettrice doit cependant s'assurer qu'il est strictement conforme au premier.

4. Dès que le vendeur est informé du crédit et qu'il considère être capable de respecter ses conditions, il peut procéder à l'expédition de la marchandise. Dans le cas contraire, il peut demander un amendement.

5. Le vendeur remet les documents requis à la banque auprès de laquelle le crédit est réalisable à la fois pendant la période de validité du crédit et dans le délai qui suit la date d'émission du document de transport, tel que stipulé par le crédit, ou applicable en vertu des RUU.

Le non-respect des conditions du crédit, ou la présence d'irrégularités dans les documents, obligera la banque à refuser le règlement.

Le documents généralement exigés sont:

- les documents de transport, qui varient selon qu'il s'agit d'un mode unimodal ou multimodal;
- la facture commerciale, soit un document comptable établi par le vendeur et fixant le prix dû par l'acheteur;
- le certificat d'inspection attestant que les marchandises ont été inspectées par un organisme spécialisé, conformément aux instructions reçues et aux normes acceptées;
- le certificat d'origine, soit une déclaration signée attestant l'origine des marchandises;
- le certificat d'assurance.

6. La banque qui doit honorer le crédit vérifie la conformité des documents à ceux qu'exige la lettre de crédit et, si elle est satisfaite, paye le vendeur. Elle envoie alors ces documents à la banque émettrice.

7. La banque émettrice vérifie à son tour les documents reçus et, s'ils sont conformes, rembourse la banque qui a honoré le crédit. Elle remet ensuite les documents à l'acheteur en contrepartie du paiement du montant déboursé en son nom.

8. L'acheteur remet finalement les documents au transporteur et prend livraison de la marchandise.

La vérification des documents par la banque

Les banques doivent respecter avec la plus grande vigilance les instructions formulées dans les conditions du crédit documentaire. Les documents doivent être examinés à trois points de vue :

1. **Les documents doivent être complets.**

Il faut non seulement réunir les documents, mais en présenter le nombre prescrit. S'il en manque un seul, le crédit peut être refusé.

2. **Les documents doivent concorder entre eux.**

Si le crédit exige l'inspection par un organisme et que le certificat présenté est signé par un autre, le document sera refusé pour non-concordance. Il en sera ainsi si les montants indiqués diffèrent, ou si le bénéficiaire est identifié de façon différente dans deux documents.

3. **Les documents doivent être apparemment réguliers.**

Cette vérification est uniquement formelle. Par exemple, n'est pas régulier le document de transport qui omet d'indiquer le poids ou le nombre de colis.

La banque n'a pas à prendre en considération les éléments juridiques extérieurs au crédit documentaire, comme une contestation relative au contrat commercial. Ainsi une banque qui honore le crédit bien qu'elle connaisse les difficultés financières d'une partie n'en sera pas tenue responsable.

L'immunité juridique de la banque connaît toutefois des limites. La banque sera responsable en cas de négligence grossière équivalant à une fraude. C'est le cas, par exemple, lorsque la banque participe à des irrégularités en connaissance de cause.

Les Règles des usages et usances sont extrêmement complexes. Les banques peuvent être d'un grand secours dans ce domaine et doivent nécessairement être consultées par l'acheteur.

CHAPITRE

7

Les opérations de contrepartie

Les opérations de contrepartie sont essentiellement du troc, c'est-à-dire l'échange direct d'un bien contre un autre, sans l'emploi de monnaie. Le principe fondamental simple de ce système économique primitif et ancien est repris, sous de multiples formes, par le commerce international. Il faut s'attendre à ce qu'il le soit encore davantage dans les années à venir.

Toutes les techniques de vente sans échange d'argent utilisées en commerce international sont des variantes plus ou moins raffinées des contrats de vente et d'échange. La terminologie juridique qui les désigne est imprécise, tant en anglais qu'en français. Souvent on utilise les termes généraux de commerce de compensation, de contrepartie ou de *countertrade*.

La vente est tout simplement un contrat par lequel un vendeur donne un objet, parfois un service, et garantit sa livraison et sa conformité à ce qui est demandé. L'obligation de l'acheteur consiste à payer un prix essentiellement en argent, faute de quoi l'objet pourrait être repris par le vendeur.

L'échange est un contrat très voisin de la vente, sauf que la compensation se fait essentiellement en biens. De plus, les obligations de remettre l'objet et de le garantir sont, dans ce cas, réciproques.

Il ne fait aucun doute que le meilleur contrat d'exportation de biens ou de services est payé en monnaie forte et de préférence avant la fabrication de l'objet vendu ou la prestation du service promis. Ces contrats sont de plus en plus rares : plus de la moitié du globe ne possède pas suffisamment de devises pour s'équiper et s'approvisionner. Par conséquent, de nombreux contrats comprennent une part importante de contrepartie en nature.

Cette manière de faire se répand aussi parce que les parties y trouvent des avantages connexes. Elle permet en effet de déjouer quelque peu les conventions multilatérales contre les barrières douanières et tarifaires, et elle assure un marché à des produits qu'il est parfois difficile d'écouler autrement.

Les contrats de contrepartie sont intimement liés à la politique économique, souvent dirigée, des pays importateurs et à celle des pays exportateurs. La plupart du temps, ils font partie d'une politique de subventions ou d'aide au développement. C'est pourquoi il sont couramment conclus à la suite de négociations ou en conformité d'accords cadres plus globaux. Ils exigent souvent des autorisations préalables, aussi bien dans le pays de l'exportateur que dans celui de l'importateur.

Les types de contrat de contrepartie

Le contrat de troc simple

Dans le contrat de troc simple, ou *barter*, la vente de biens ou la prestation de services par une partie a pour contrepartie un achat réciproque immédiat, d'une valeur équivalente, par l'autre partie.

L'exemple classique d'un contrat entre les États-Unis et la Jamaïque illustre bien cette catégorie d'échanges. En 1982, le marché international de la bauxite, produit principal de la Jamaïque et d'importance stratégique pour les États-Unis, était à la baisse. Par contre, la production laitière des États-Unis était excédentaire. Il a donc été facile aux deux pays d'en arriver à une entente par laquelle l'achat de bauxite était payé en beurre.

Techniquement, une telle entente fait l'objet d'un contrat unique, prévoyant les modalités de la livraison et de la contrepartie en marchandises. Ces modalités dépendent des cas de l'espèce. Ainsi, dans cet exemple, les États-Unis ont facilement obtenu que le beurre soit consommé sur place. Ils ont ainsi évité qu'il ne fasse concurrence aux produits américains sur les marchés extérieurs.

Les contrats de troc simple ont par contre l'inconvénient de limiter la liberté de choix de l'exportateur qui doit se contenter des produits disponibles pour l'exportation chez le vendeur. Comme toutes les autres ententes du genre, le troc pose le problème supplémentaire de déterminer le prix des produits faisant l'objet de la contrepartie.

Le contrat de compensation

Le contrat de compensation, ou *clearing*, est proche du contrat de troc simple, mais il offre plus de souplesse.

Il arrive que les besoins des parties ne coïncident pas entièrement au même moment. Dans ce cas, on prévoit que le paiement en nature ne sera pas simultané à l'achat. Il s'agit d'une sorte de contrat à crédit ou à paiements échelonnés, adaptés aux circonstances.

La marchandise est livrée par l'exportateur à qui l'importateur établit un crédit au montant de la vente. Le vendeur utilisera ce crédit pour acquérir des produits de l'acheteur, le plus souvent choisis dans une liste préalablement établie. Le compte est liquidé à la fin de la période convenue, et le reliquat est alors payé en devises, dans un sens ou dans l'autre.

Une autre modalité de ce contrat permet la compensation réciproque. Ainsi on établit à l'avance un plafond pour les échanges et une liste des produits qui en font l'objet. Chacun des partenaires se procure les produits de l'autre pendant la durée du contrat, au rythme de ses besoins.

Dans ce cas, comme dans celui du troc simple, un seul contrat suffit, mais ses dispositions sont nécessairement plus poussées.

Le contrat de contre-achats

Le contrat de contre-achats, ou *counter purchase,* consiste en deux contrats de vente simultanés entre les mêmes parties, l'exportateur du premier devenant l'importateur dans le second.

Le premier contrat identifie le produit vendu, les délais de livraison et le prix en devises. Le deuxième est un engagement de la part du premier vendeur, devenu l'acheteur, à se procurer des produits de son partenaire à un prix en devises équivalent au montant du premier contrat.

La principale difficulté de ce procédé tient au fait que techniquement, chaque contrat est complet et devrait être exécuté indépendamment de l'autre, mais l'intention des parties de les considérer comme des contrats liés ne fait aucun doute. Le seul but du deuxième contrat est d'assurer le paiement en nature des produits qui font l'objet de la première vente.

Les conditions de réalisation du deuxième contrat supportent des variations. Celui-ci peut par exemple prévoir la concordance avec le premier contrat, étaler sa réalisation sur une période plus ou moins longue, dire comment le prix sera déterminé au lieu de le fixer, préciser les conditions que l'acquéreur devra respecter quand il voudra disposer de la marchandise ainsi que la possibilité qu'il transfère son droit à la marchandise ou qu'il se libère de ses obligations d'achat en payant une indemnité prévue à cet effet.

Les deux contrats principaux sont chapeautés par un protocole d'entente les liant. Certains préfèrent prévoir tous les liens entre les deux contrats principaux dans le deuxième de ces contrats, limitant ainsi de façon significative le rôle du protocole. D'autres préfèrent dépouiller les deux contrats principaux de toute référence à leur connexité et prévoir tous ces éléments au protocole, lequel devient ainsi la pièce contractuelle principale. La meilleure méthode demeure celle qui convient aux deux parties.

Ce procédé a l'avantage de ne pas contrevenir aux dispositions de conventions bilatérales limitant les ventes liées dans le but de diminuer les contraintes au commerce international et de satisfaire certaines polices d'assurance.

Le contrat de rachat

Le contrat de rachat, ou *buy-back*, appartient à la même famille que le contrat de contre-achat. Il est surtout utilisé dans les cas de vente de complexes industriels comprenant une part significative de transfert de technologies.

Ici le vendeur de l'installation accepte d'acheter des produits de l'usine en question, jusqu'à concurrence d'un montant donné et à certaines conditions.

L'acquéreur de la technologie y voit la garantie que le vendeur fera de son mieux pour que le produit fabriqué soit de bonne qualité et l'assurance de sa distribution. Le vendeur apprécie parfois la possibilité de s'approvisionner en produits utiles à des conditions avantageuses et, éventuellement, à titre exclusif.

Ces contrats peuvent cependant présenter de sérieux inconvénients. L'acquéreur de la technologie peut se retrouver captif du vendeur qui supporte les risques commerciaux : il fait face à la possibilité de la détérioration graduelle de la qualité du produit et, parfois, à la divulgation de ses secrets industriels.

Pour contrecarrer ces inconvénients tout en bénéficiant des avantages qu'offrent ces contrats, les pays importateurs exigent maintenant que le projet soit réalisé par des entreprises conjointes, où les deux parties se partagent les risques et les bénéfices.

Pour diminuer ses risques, l'exportateur doit isoler le contrat principal des aléas du contre-rachat du produit. Il lui est conseillé d'obtenir, si possible, une part importante du paiement en devises.

Le contrat triangulaire, ou *switch*

Le contrat commercial *switch* engage directement trois parties : A, qui doit livrer la marchandise à B, en exécution d'un contrat de compensation, demande à C de le faire pour lui en contrepartie de devises, de biens ou de services qu'il lui doit en vertu d'un autre contrat.

Ces contrats sont risqués et d'une grande complexité à cause du nombre de parties en cause.

Le contrat *swap*

Le contrat *swap* engage directement quatre parties. Un exemple illustre la situation : le Mexique devait livrer du pétrole à la Grèce alors que l'Union soviétique devait en fournir à Cuba. Les parties ont trouvé avantageux, au moins à cause de l'économie sur les coûts du transport, de faire livrer le pétrole mexicain à Cuba et le pétrole soviétique à la Grèce.

Ces contrats sont très difficiles à agencer et contiennent une part importante de risques.

Les contrats secondaires avec des institutions spécialisées

Les contrats de compensation soulèvent de nombreux problèmes pratiques. L'utilité de la marchandise de paiement pour l'exportateur et sa capacité de l'échanger contre des devises en est un exemple. La vente des résidus créanciers et débiteurs sur un marché secondaire en est un autre.

Les marchés, primaire et secondaire, des contrats de compensation sont complexes. Toute personne qui veut les aborder doit passer par des institutions spécialisées qui peuvent être utiles à trois titres différents:

- comme conseil auprès de l'exportateur à toutes les étapes du contrat;
- comme courtier actif sur les marchés spécialisés des produits, des comptes et des options qui sont l'objet des transactions de contrepartie; et
- comme acheteur pour leur propre compte des contrats, marchandises et comptes qui font l'objet de ces transactions.

Le commerce de contrepartie peut constituer un marché d'appoint intéressant pour l'exportateur. Celui-ci doit cependant s'y aventurer avec la plus grande prudence et suivre les conseils de spécialistes et de conseillers juridiques. En plus des précautions normales, ces derniers doivent s'assurer que les accords proposés sont conformes aux dispositions des conventions bilatérales, comme l'Accord de libre-échange, ou multilatérales, comme le GATT.

CHAPITRE

8

Les contrats d'assurance et de garantie

Le contrat parfait qui prévoit tout et ne comporte aucun risque n'existe pas. Le risque est inhérent à toute activité commerciale et justifie dans une large mesure les bénéfices des entrepreneurs.

Le meilleur contrat est celui qui, sans handicaper la relation commerciale, prend le risque en considération dans la structure des prix ou contrôle leurs effets négatifs en les transférant au partenaire, ou à une entreprise spécialisée, à des conditions connues d'avance. Seul le transfert à un tiers intéresse les contrats d'assurance et de garantie.

L'élément de risque est tellement important pour les exportateurs que le ministère des Affaires internationales du Québec leur a consacré un séminaire appelé «Risques financiers, risques politiques et arbitrage», tenu le 6 février 1990 à Montréal. La lecture des textes de ce séminaire est recommandée à toute personne désirant mieux connaître ces problèmes et se familiariser avec les moyens d'atténuer leurs effets*.

* *S'adresser au Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec.*

Les risques accompagnent toutes les étapes d'une transaction commerciale internationale, de la période précontractuelle de l'offre de négocier jusqu'à la période postcontractuelle de garantie des vices de fabrication. Le seul moyen de prévenir ces risques est de les prendre en considération le plus tôt possible. C'est au début que les règles du jeu sont établies avec le partenaire et que sont souscrites les garanties et les assurances.

La définition du risque

Le risque peut être défini selon trois critères complémentaires: le moment auquel il peut survenir dans l'opération, son origine et la nature du contrat. Ces trois éléments permettent de déterminer le genre de protection nécessaire et la manière de l'obtenir.

Le moment du risque

L'exportateur qui répond à un appel d'offres est sujet aux risques de la soumission. Il s'agit du risque d'inflation si le marché est à forfait, du risque de change si les fluctuations des devises sont trop importantes entre le moment de la proposition et celui des paiements, et du risque d'augmentation du coût de l'emprunt si les taux d'intérêt sont modifiés. À cela il faut ajouter le risque d'appel, justifié ou non, de la garantie de soumission attestant de l'engagement de l'exportateur à respecter les conditions de la proposition.

Pendant l'exécution du contrat, l'exportateur est à la merci de la plupart des risques de la première période, auxquels s'ajoutent le risque de dépasser les coûts en raison de contraintes externes dues soit à l'importateur, soit à un membre du consortium, aux sous-traitants ou aux fournisseurs ainsi que le risque d'appel, justifié ou non, de la garantie de remboursement ou de bonne exécution.

Après la fin du contrat, l'exportateur risque des retards dans la liquidation des comptes et le remboursement de la retenue.

L'origine du risque

Le risque a une origine commerciale, économique, financière ou politique.

Le risque commercial

On regroupe sous ce titre les risques relatifs à l'exécution du contrat international attribuables à l'acheteur étranger et inhérents au projet. Font partie de cette catégorie les risques tels :

- l'insolvabilité légalement constatée de l'acheteur à laquelle on assimile parfois l'insolvabilité de fait;
- le défaut de paiement, volontaire ou non, par l'acheteur;
- le refus de prendre livraison des marchandises;
- la résiliation unilatérale du contrat;
- les complications attribuables aux délais de livraison.

Les risques économique et financier

Il s'agit essentiellement des risques dus à la fluctuation de la situation économique en général, indépendamment de la volonté des parties, comme :

- les mouvements du taux de change;
- la hausse de l'inflation.

Les risques politiques

Il s'agit de risques politiques proprement dits, ou de situations qui leur sont assimilées, comme :

- le refus de l'acheteur public d'honorer ses engagements, ou de respecter une décision judiciaire ou une sentence arbitrale;
- la difficulté de convertir la monnaie locale;
- la difficulté de transférer le montant du contrat;
- le changement de l'orientation politique ou des priorités économiques du pays de l'acheteur;
- la guerre entre États, la guerre civile ou les actes de terrorisme;
- l'annulation des permis d'exportation ou d'importation;
- les confiscations et les nationalisations.

Quoique cela puisse surprendre, on assimile aux risques politiques les risques de catastrophes naturelles, comme les tremblements de terre et les tragédies environnementales.

La nature du contrat

Le risque dépend aussi de la nature du contrat. En effet, il est important de distinguer les contrats de vente de marchandises des contrats d'investissements et les contrats avec un partenaire privé ou avec une entité publique.

La définition des risques permet de bien choisir l'institution qui couvrira la transaction et le contrat de couverture qui convient le mieux à la situation.

Il faut cependant savoir que la définition du risque n'est pas facile et qu'elle laisse place à interprétation. Prenons l'exemple d'un jeune pays dont les structures politiques sont encore instables, les choix économiques indécis et les infrastructures insuffisantes. Imaginons qu'un de ses commerçants devienne insolvable à un moment critique de l'évolution du pays en question. Dans un tel cas, il sera souvent difficile d'établir avec précision si l'origine de ses difficultés est d'ordre commercial, politique ou économique. Or, cette qualification est essentielle pour savoir si la réclamation est couverte par une assurance.

Bien malin est celui qui peut dire avec certitude si le refus de l'acheteur en difficulté de la région tourmentée de payer le prix d'une fourniture à son vendeur du Québec est d'origine commerciale, économique ou politique. Or, cette qualification est essentielle pour savoir si la réclamation est couverte par une assurance.

La couverture des risques

Les principes généraux

La plupart des risques énumérés plus haut peuvent être couverts par un cautionnement, une garantie bancaire ou une assurance émis par un organisme privé ou public. Sans entrer dans les détails, rappelons les principes suivis par ces différentes institutions.

Toutes les institutions, qu'elles soient privées ou publiques, respectent une règle fondamentale : elles n'assurent que les contrats passés de bonne foi avec des acheteurs sérieux et capables d'honorer leurs engagements. Chaque institution a par contre ses règles propres et ses objectifs particuliers. La frontière entre les domaines d'intervention de chacune sont aussi mal tracées.

Parfois concurrentes, les institutions publiques et privées collaborent le plus souvent ensemble et offrent des produits complémentaires : les organismes publics peuvent garantir les avances bancaires et couvrir les risques non assurés par les institutions d'assurance. À l'inverse, les institutions bancaires et les compagnies d'assurance peuvent couvrir des risques auxquels les organismes publics ne touchent pas.

Les organismes privés

Les organismes privés d'assurance et de crédit agissent sur la base de critères exclusivement commerciaux. Ils analysent le risque et l'assurent s'ils y trouvent leur avantage. Ainsi ceux qui assurent les risques politiques sont peu nombreux à cause de la difficulté de les évaluer selon les méthodes actuarielles habituelles.

Les institutions privées ne tiennent pas compte de critères non commerciaux, tels l'importance du contenu national, mais acceptent de financer les opérations de contrepartie.

Ces institutions tiennent compte de la rentabilité à long terme de la relation avec le client et veulent développer avec lui un lien de fidélité, ce qui facilite parfois la négociation de conditions commerciales avantageuses.

Les institutions publiques

Tous les pays occidentaux industrialisés proposent à leurs entreprises différents produits financiers pour les aider à développer leurs activités commerciales internationales et soutenir la concurrence. Au Canada, ces services sont offerts par la Société pour l'expansion des exportations (SEE).

Fidèle à ses objectifs, la SEE cherche à optimaliser le contenu canadien des exportations à partir d'un seuil indicatif de 60 %. Elle exclut aussi de son champ d'intérêt tous les contrats de contrepartie.

Par contre, la SEE accepte de couvrir les risques politiques plus facilement et plus complètement que nombre d'institutions privées.

La SEE offre de très nombreux produits d'assurance crédit et d'assurance aux entrepreneurs canadiens en distinguant:

- les contrats d'investissement des contrats d'exportation;
- les besoins des petites entreprises et des sociétés plus importantes;
- les risques commerciaux des risques financiers et politiques;
- les assurances globales couvrant l'ensemble des transactions et les assurances sélectives couvrant seulement une partie des exportations;
- les ventes à court terme aux États-Unis et les autres ventes.

Le domaine des cautionnements, des assurances et des garanties constitue une spécialité complexe. Les exportateurs doivent consulter les institutions financières dès leurs premières démarches pour conclure un contrat international. Ils découvriront peut-être un jour que le résultat positif de l'opération d'exportation provient en grande partie de ce premier pas gratuit.

CHAPITRE

9

Le règlement des litiges

Toute personne en affaires sait que des malentendus peuvent survenir à tout moment entre deux parties de bonne foi et que la plupart de ces difficultés trouvent une solution à l'amiable par la négociation directe, ou suivant l'intervention d'un expert ou d'un médiateur. Seul un nombre minime de ces malentendus se rendent à l'arbitrage ou aux tribunaux.

La situation est semblable sur le plan international et le nombre de litiges demeure raisonnable. Cependant, une notion souvent différente du temps, la distance qui sépare les parties, un environnement d'affaires nouveau et l'insécurité juridique relative des contrats internationaux rendent les transactions internationales plus vulnérables et augmentent leur imprévisibilité.

Pour diminuer les risques et mieux contrôler les imprévus de toutes sortes, les praticiens du commerce international ont élaboré des clauses prévoyant les différends et adaptant le contrat à des circonstances nouvelles. Ils ont aussi privilégié l'arbitrage comme solution de règlement des litiges.

Les clauses d'adaptation des contrats aux circonstances nouvelles

Les clauses de maintien des prix

Ces clauses répartissent les risques monétaires entre les parties à une transaction internationale. Elles sont généralement prévues dans les contrats importants de fournitures de matières premières, mais aussi dans d'autres contrats à exécution successive.

Ces clauses sont très variées et portent des noms différents selon le cas. On peut ranger dans cette catégorie les clauses d'indexation, les clauses d'échelle mobile, les clauses or, les clauses de référence à une monnaie de compte, les clauses d'option de change, etc.

Toutes portent sur des éléments très partiels de l'imprévision et profitent généralement à une partie seulement. Elles sont automatiques et, de ce fait, entrent en jeu dès que survient le fait déclencheur du mécanisme. Les formules utilisées sont si complexes qu'il est souvent difficile de prévoir leur effet réel.

Les clauses de fixation des prix par expertise

L'expert est ici un professionnel indépendant, chargé par les parties à un contrat de fourniture de produits échelonné sur une assez longue période de temps de leur suggérer un rajustement du prix en fonction de critères prévus au contrat. En principe, sa recommandation ne lie pas les parties, mais il est possible de prévoir qu'elle le fasse, auquel cas l'expertise se rapproche à s'y méprendre de l'arbitrage.

Les clauses de force majeure

Il est courant qu'une circonstance particulière et imprévue survienne pendant l'exécution d'un contrat et produise plus d'effet sur sa réalisation que ce qu'on pouvait normalement prévoir.

Certains systèmes juridiques, comme ceux du Québec et de la plupart des pays de droit civil, refusent d'intervenir en faveur de la partie désavantagée par respect pour le contrat et pour la volonté exprimée lors de sa signature.

D'autres systèmes juridiques, notamment ceux de tradition anglo-saxonne, permettent aux tribunaux de rétablir partiellement la situation. Cependant, même dans ce cas, l'intervention demeure timide, prudente et partielle.

Pour prévenir ces difficultés, les parties incluent dans leurs contrats des clauses de force majeure prévoyant explicitement les situations qu'ils considèrent importantes, comme une grève des transports, la raréfaction des matières premières, le terrorisme, ou la lutte armée et les catastrophes naturelles.

L'effet d'une telle clause n'est pas automatique et elle est souvent à l'avantage d'une seule des parties.

Les parties doivent énumérer de la manière la plus précise possible les événements qu'elles considèrent constituer une force majeure et déterminer très clairement si ceux-ci auront pour effet de suspendre temporairement le contrat, de repousser ses échéances ou de le résilier.

Les clauses de sauvegarde

À la différence des clauses de force majeure, celles-ci, dites aussi clauses *hardship*, prévoient le cas où l'événement imprévu est si important qu'il occasionne des modifications appréciables à l'économie même du contrat, au point de déséquilibrer les prestations et de les rendre intolérables pour l'une des parties. Un des critères retenus est le cas où le prix de vente devient inférieur au prix de revient, par exemple à cause d'une baisse marquée de la devise principale.

Ces clauses sont bilatérales et jouent en faveur des deux parties. Elles leur imposent de renégocier le contrat de bonne foi pour rétablir l'équilibre initial. Les parties doivent prévoir des mécanismes de déclenchement et de consultation pour les cas d'expertise, de force majeure et de sauvegarde. Elles doivent aussi prévoir le cas où la négociation avorte. L'arbitrage est alors la solution la plus généralement retenue.

L'arbitrage commercial international

La très grande majorité des contrats commerciaux internationaux contiennent des clauses d'arbitrage. La pratique est tellement répandue que certains pensent même qu'elle tend à devenir implicite dans les contrats qui n'en contiennent pas!

Cet engouement pour l'arbitrage se justifie moins, comme certains veulent le laisser croire, par la rapidité et les coûts peu élevés de cette technique encore que ceux-ci soient appréciables que par le désir d'éviter les inconvénients de se voir imposer un tribunal étranger ou un système juridique non désiré.

La convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

Cette convention peut être prévue dès la signature du contrat ou ultérieurement, mais son objet est toujours le règlement d'un litige.

Certains pays réservent l'arbitrage aux contrats internationaux et en excluent certains secteurs. Le droit du Québec ne fait aucune distinction à ce sujet entre les contrats internes et internationaux, et il n'exclut de l'arbitrage que les questions de la capacité des personnes, les matières familiales et celles qui concernent directement l'ordre public.

La convention d'arbitrage est indépendante de la convention principale, même lorsqu'elle y est incorporée. La nullité du contrat n'interdit pas aux arbitres de statuer sur les conséquences de cette nullité.

L'arbitrage libre, l'arbitrage assisté et l'arbitrage institutionnel

L'arbitrage libre, ou *ad hoc*, est en apparence le plus simple et le plus économique de tous. Il consiste pour les parties à se référer purement et simplement aux dispositions d'un code de procédure civile ou à une loi particulière, à établir elles-mêmes une clause d'arbitrage ou à adopter un modèle existant, comme le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Il arrive qu'un arbitrage de cette nature se déroule sans problème, notamment si les parties appartiennent à la même famille culturelle et juridique, si elles ont la même capacité financière et le même intérêt à régler le problème et si elles nomment des arbitres suffisamment expérimentés.

Cependant, les inconvénients de cette méthode dépassent de beaucoup tous ses avantages. Les parties doivent elles-mêmes s'occuper de l'organisation matérielle (le plus souvent dans un pays tiers) et de la gestion administrative du dossier et les arbitres ne peuvent compter sur aucune assistance technique.

Il est aussi courant qu'une partie refuse d'aller en arbitrage, qu'il s'avère difficile de constituer le tribunal, que la procédure choisie s'avère insuffisante, ou que les arbitres tardent à prononcer la sentence. Tout incident de ce genre impose le recours aux tribunaux.

L'arbitrage assisté est un arbitrage libre où les parties demandent à une institution de les aider dans la constitution du tribunal, la gestion administrative du dossier ou les deux à la fois. Cette approche est déjà plus sécurisante que la précédente. Elle ne garantit toutefois pas la qualité de la convention d'arbitrage et n'élimine pas tous les risques de blocage. Elle prive surtout les parties et le tribunal du savoir-faire que seule une institution spécialisée peut leur offrir.

L'arbitrage institutionnel se déroule sous les auspices d'un organisme spécialisé, en conformité avec un règlement d'arbitrage. Dans ce cas, les parties n'ont qu'à se référer au

règlement. Lorsque le litige survient, une des parties en avertit l'organisme en question, lequel déclenche la procédure, assure le suivi et s'occupe de faire aboutir le tout dans les meilleurs délais. Ces institutions chargent des honoraires administratifs connus d'avance pour leurs services.

Il existe plus de 400 institutions d'arbitrage dans le monde. Elles ont, selon le cas, une vocation générale, ou limitée à un domaine particulier ; certaines acceptent tous les mandats alors que d'autres se limitent aux affaires internationales. De nombreuses institutions peuvent être sérieuses sans pour autant offrir de garantie.

Il est indispensable que les parties fassent un choix judicieux. Elles doivent surtout choisir le règlement qui convient le mieux à la situation et s'assurer de la qualité et du coût du service par rapport à l'importance du contrat. Elles doivent aussi, dans la mesure du possible, choisir une institution avec laquelle elles ont des affinités, ou avec qui les communications sont faciles.

Parmi les institutions les plus prestigieuses, mentionnons la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), la American Arbitration Association (AAA) et la London Court of International Arbitration (LCIA).

Au Canada, deux institutions offrent les services d'arbitrage interne et international : le British Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC), dont le siège est à Vancouver, et le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (CACNIQ), qui a des bureaux à Québec et à Montréal.

Finalement, il faut savoir que le siège de l'institution d'arbitrage n'a aucune relation avec l'endroit où se tiendra l'arbitrage ni avec le droit applicable. Quelle que soit l'institution qu'elles retiennent, les parties ont toujours le loisir de situer l'arbitrage là où elles le désirent et de choisir le droit qui leur convient. Un arbitrage CCI peut avoir lieu à Québec ou au Caire, tandis qu'un arbitrage CACNIQ peut se tenir à Toronto ou à Genève.

La nomination des arbitres

La nomination des arbitres constitue un élément fondamental de toute procédure arbitrale et les moyens retenus pour y parvenir sont nombreux.

Certaines institutions permettent à chaque partie de proposer un arbitre et nomment elles-mêmes le président. D'autres leur proposent une liste restreinte de noms et leur permet d'éliminer ceux qu'elles jugent inacceptables. D'autres enfin les incitent à convenir du nombre et de l'identité des arbitres et n'interviennent que si cet accord s'avère difficile.

Quel que soit le mode de nomination, l'essentiel à retenir est que l'arbitre doit, comme d'autres juges, demeurer impartial et indépendant.

Le droit applicable

C'est sur le plan du droit applicable que l'arbitrage se distingue le plus de la justice des tribunaux. En effet, le juge est tenu d'appliquer des lois nationales ou étrangères déterminées par son droit ou choisies par les parties dans la mesure où la loi le leur permet. Par ailleurs, rien ne garantit que la même règle de droit sera appliquée de façon uniforme par des juridictions différentes.

L'arbitre doit appliquer le droit choisi par les parties. En cas de silence de leur part, il peut avoir recours aux règles de rattachement pour déterminer le droit applicable, mais il peut aussi, et il le fait souvent, appliquer directement celui qu'il estime le plus approprié dans les circonstances. Sa préoccupation est de livrer une sentence utile, c'est-à-dire exécutoire dans le pays où elle doit l'être.

À titre d'exemple, disons qu'un arbitre devant trancher un cas entre une société française et une italienne concernant une marchandise qui se trouve déjà au Québec s'assurera, même s'il n'est pas obligé de le faire, que sa sentence n'est pas contraire à l'ordre public québécois.

L'arbitre doit aussi reconnaître les usages internationaux et il en tient compte même si les parties ne le lui demandent pas expressément.

La plupart du temps, l'arbitre applique des règles de droit mais, fait généralement impossible devant une juridiction publique, il peut recevoir le mandat de statuer en équité, même si sa décision est contraire à la solution de droit.

L'ensemble des pouvoirs accordés à l'arbitre permet d'individualiser la justice arbitrale et d'accorder au contrat un degré de prévisibilité qu'aucune justice nationale ne peut garantir.

L'exécution de la sentence

Les parties à un arbitrage souhaitent avant tout une sentence qui puisse être exécutée. On doit ici faire une distinction fondamentale entre les États qui n'ont pas adhéré à la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York, 1956) et ceux qui l'ont fait.

Le sort de la sentence rendue dans un pays du premier groupe ou devant y être exécutée est incertain. Dans le meilleur des cas, elle sera traitée comme une décision judiciaire étrangère, c'est-à-dire qu'elle doit d'abord être homologuée par un tribunal là où elle a été rendue, et de nouveau dans le pays où l'on cherche à l'exécuter.

De plus, si une partie décide de s'objecter à son homologation, ce qui est souvent le cas, le tribunal peut revoir le fond de l'affaire. Autrement dit, les parties qui voulaient éviter les tribunaux se retrouvent devant deux tribunaux différents, dans deux juridictions différentes!

Par contre, la sentence rendue dans un pays ayant adhéré à la Convention de New York est souvent mieux traitée qu'une décision judiciaire étrangère. Cette convention oblige en effet les États signataires à respecter les sentences étrangères et à les exécuter sous réserve que les arbitres aient respecté les règles de justice naturelle et que la sentence ne soit pas contraire aux règles d'ordre public international.

Le Canada et les États-Unis ayant tous les deux adhéré à la Convention de New York, il est plus facile d'exécuter au Canada une sentence arbitrale rendue à Boston que toute autre décision d'un tribunal fédéral ou d'un État américain.

ISBN-2-551-14455-8
9 782551 144556
Imprimé au Québec, Canada